الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف

على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد
المرداوي السعدي الحنبلي
المتوفى سنة ٨٨٥ هـ

تحقيق
أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي

الجزء السادس

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم

باب الإجارة

فائدتان

إحداهما: فى حدها[1]. قال فى الرعاية، قلت: وتحريره «بذل عوض معلوم فى منفعة معلومة من عين معينة، أو موصوفة فى الذمة، أو فى عمل معلوم» وتبعه فى الوجيز.

قال الزركشى: وليس بمانع، لدخول الممر وعلو بيت، والمنافع المحرمة. انتهى يعنى: إذا بيع الممر وعلو بيت. فإنهما منفعتان.

قلت: لو زيد فيه «مباحة مدة معلومة» لسلم.

الثانية: قيل: الإجارة واردة على خلاف القياس.

قال في الفروع: والأصح لا، لأن من لم يخصص العلة لا يتصور عنده مخالفة قياس صحيح. ومن خصصها: فإنما يكون الشيء خلاف القياس عنده إذا كان المعنى المقتضى للحكم موجوداً فيه ويتخلف الحكم عنه. انتهى.

قال فى القواعد الأصولية، فى آخر القاعدة الثامنة والعشرين من الرخص: ما هو مباح - كالعرايا، والمساقاة، والمزارعة، والإجارة، والكتابة، والشفعة، وغير ذلك، من العقود الثابتة المستقر حكمها - على خلاف القياس. هكذا يذكر أصحابنا وغيرهم.

وقال الشيخ تقى الدين: ليس شىء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها على

---

(١) تعريف الإجارة عرفها فى المغنى فقال«هى نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهى بيع المنافع) المغنى (٣/٦). وعرفها صاحب الشرح كما فى المغنى الشرح (٣/٦). وعرفها فى الكافى فقال (هى بيع المنافع) الكافى (١٦٩/٢) وعرفها فى المحرر(هى عقد لازم لا تنفسخ بالموت) المحرر(٣٥٥/١). وعرفها فى العمدة (هى عقد على المنافع لازم من الطرفين لا يملك أحدهما فسخها ولا تنفسخ بموته ولا جنونه) العمدة (٢٦٧).

خلاف القياس، وقرر ذلك بأحسن تقرير، وبينه بأحسن بيان.

تنبيه: قوله: ﴿تنعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ والكرَاءَ وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا﴾.

كالتمليك ونحوه، يعنى بقوله: «وما فى معناهما» إذا أضافه إلى العين، وكذا إذا أضافه إلى النفع، فى أصح الوجهين. قاله فى الفروع.

قال الزركشى: وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما فى معناهما على الصحيح انتهى. وقيل: لا تنعقد.

قال فى الرعاية الكبرى: فإن آجر عينا مرئية أو موصوفة فى الذمة، قال «آجرتكها، أو أكريتكها، أو ملكتك نفعها سنة بكذا» وإن قال «آجرتك أو أكريتك نفعها» فاحتمالان. انتهى.

قوله: ﴿وَفِي لَفْظِ البيع وَجْهَانِ﴾.

بأن يقول: بعتك نفعها. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والمستوعب، والخلاصة، والكافى[1]، والهادى، والمغنى[2]، والمذهب الأحمد، والتلخيص، والبلغة، والشرح[3]، وشرح ابن منجا، والرعايتين، والحاوى الصغير والفروع، والفائق، والزركشى، والقواعد الفقهية، والطوفى فى شرح الخرقى.

قال فى التلخيص، والفائق: وأما لفظ البيع: فإن أضافه إلى الدار لم يصح. وإن أضافه إلى المنفعة فوجهان. انتهى.

أحدهما: يصح، اختاره ابن عبدوس فى تذكرته، والشيخ تقى الدين رحمه الله فقال فى قاعدة له فى تقرير القياس - بعد إطلاق الوجهين - والتحقيق: أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ كان من الألفاظ التى عرف به المتعاقدان مقصودهما. وهذا عام فى جميع العقود. فإن الشارع لم يحد حدا لألفاظ العقود، بل ذكرها مطلقة. انتهى.

---

(١) ذكر الإطلاق فى الكافى(وفى لفظ البيع وجهان، أحدهما: ينعقد به لأنها صنف منه ثانيهما: لا تنعقد به لأنها تخالفه فى الاسم والحكم فلم تنعقد بلفظه كالنكاح.) الكافى(٢/١٦٩).

(٢) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (أحدهما: تنعقد به لأنها بيع فانعقدت بلفظه كالصرف والثانى: لا تنعقد به لأن فيها معنى خاص فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ولأن الإجارة تضاف إلى العين التى يضاف إليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة. ولأنه عقد يخالف البيع فى الحكم والاسم فأشبه النكاح) المغنى(٦/٤).

(٣) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى الشرح(٦/٤).

وكذا قال ابن القيم رحمه الله فى أعلام الموقعين.

قال فى إدراك الغاية: لاتصح بلفظ البيع فى وجه. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

والوجه الثانى: لايصح. صححه فى التصحيح، والنظم.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله - بعد ذكر الوجهين - بناء على أن هذه المعاوضة نوع من البيع، أو شبيهة به.

فوائد

إحداها: قوله: ﴿أَحَدُهَا: مَعْرِفة الْمنفَعَةِ، إِمَّا بِالعرفِ، كَسُكْنَى الدَّارِ شَهْرًا﴾.

وهذا بلا نزاع[1]. لكن لو استأجرها للسكنى لم يعمل فيها حدادة. ولاقصارة. ولايسكنها دابة. والصحيح من المذهب: أنه لايجعلها مخزنا للطعام.

قال فى الفروع: هذا الأشهر. وقيل: له ذلك.

وقيل للإمام أحمد رحمه الله: يجيئه زوار، عليه أن يخبر صاحب البيت؟ قال: ربما كثروا، وأرى أن يخبره.

وقال أيضًا: إذا كان يجيئه الفرد، ليس عليه أن يخبره.

وقال الأصحاب: له إسكان ضيف وزائر.

واختار فى الرعاية يجب ذكر السكنى، وصفتها، وعدد من يسكنها وصفتهم إن اختلفت الأجرة.

الثانية: قوله: ﴿وَخِدْمَةُ العَبْدِ سَنَةً﴾.

فتصح بلا نزاع[2]. لكن تكون الخدمة عرفا، على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

قلت: وهو الصواب.

وقال فى النوادر، والرعاية: يخدم ليلا ونهارا. انتهى.

---

(١) ذكرها فى الشرح فقال: (وجملة ذلك أنه لابد من معرفة المنفعة فى الإجارة لأنها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع فإن معرفته شرط فى صحة البيع وكذلك معرفة المنفعة فى الإجارة فإن كان لها عرف كسكنى الدار شهرا لم يحتج إلى ذكرها) الشرح (٥/٦). الكافى (١٧٠/٢). المغنى (٤/٦). المحرر (٣٥٦/١) العمدة (٢٦٨).

(٢) ذكرها فى الشرح فقال: (وخدمة العبد سنة كسكنى الدار لأنها معلومة بالعرف) الشرح (٥/٦). الكافى (١٧٤/٢).

وأما إن استأجره للعمل. فإنه يستحقه ليلا.

الثالثة: قوله: ﴿وَإِمَّا بِالْوَصْفِ، كحَمْلِ زُبْرَةِ حَدِيدٍ وَزْنُها كَذاً إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ﴾.

وهذا بلا نزاع. لكن لو استأجره لحمل كتاب فحمله، فوجد المحمول إليه غائبا فله الأجرة لذهابه ورده أيضًا. على الصحيح من المذهب. وجزم به فى المغنى[1]، والشرح[2]، والفائق، وغيرهم. وصححه فى النظم، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقال فى الرعاية - وهو ظاهر الترغيب - إن وجده ميتا: فله المسمى فقط ويرده.

وقال فى التلخيص: وإن وجده ميتا استحق الأجرة، وما يصنع بالكتاب؟

وقال الشيخ أبو حكيم - شيخ السامرى - الصحيح: أنه لايلزمه رد الكتاب إلى المستأجر. لأنه أمانة. فوجب رده. انتهى.

لكن الذى يظهر: أن لفظة«لا» فى قوله«لايلزمه» زائدة. بدليل تعليله.

نقل حرب: إن استأجر دابة، أو وكيلا ليحمل له شيئا من الكوفة، فلما وصلها لم يبعث وكيله بما أراد، فله الأجرة من هنا إلى ثَمَّ.

قال أبو بكر: هذا جواب على أحد القولين. والقول الآخر: له الأجرة فى ذهابه ومجيئه. فإذا جاء والوقت لم يبلغه. فالأجرة له، ويستخدمه بقية المدة.

الرابعة: قوله: ﴿وَبِناَءُ حَائِطٍ، يذْكُرُ طُولَهُ وَعَرْضَهُ وَسُمْكَهُ وَآلَتَهُ﴾.

فيصح بلا نزاع[3].

لكن لو استأجره لحفر بئر طوله عشرة، وعرضه عشرة، وعمقه عشرة، فحفر طول خمسة فى عرض خمسة فى عمق خمسة. فاضرب عشرة فى عشرة. فما بلغ فاضربه فى عشرة تبلغ ألفا، واضرب خمسة فى خمسة فما بلغ فاضربه فى خمسة يبلغ

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح بعد انظر المغنى (١٤٦/٦).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (لأنه حمله فى الذهاب بإذن صاحبه صريحا وفى الرد تضمنا لأن تقدير كلامه وإن لم تجد صاحبه فرده أو ليس سوى رده إلا يضيعه وقد علم أنه لا يرضى تضييعه فتعين رده). الشرح (١٧/٦).

(٣) قال فى الشرح: (وجملة ذلك أنه يجوز الاستئجار للبناء ويقدر بالزمان والعمل فإن قدر بالعمل فلابد من معرفة موضعه لأنه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب ولابد من ذكر طوله وعرضه وسمكه وآلة البناء من طين أو لبن أو آجر أو حجارة أو سمنت) انظر الشرح (٦/٦). الكافى (١٧٣/٢). المغنى (٣٦/٦).

مائة وخمسا وعشرين. وذلك ثمن الألف، فله ثمن الأجرة، إن وجب له شيء.

قاله فى الرعاية. وهو واضح. وهو من التمرين.

قوله: ﴿وَإِجَارَةُ أَرْضٍ مُعَيَّنَةٍ لِزَرْعِ كذَا، أَوْ غَرْسِ كَذَا، أَوْ بِنَاءٍ مَعْلُومٍ﴾.

اشترط المصنف هنا لصحة إجارة الأرض للزرع أو الغرس أو البناء: معرفة ما يزرعه، أو يغرسه، أويبنيه.

وكذا قال فى الهداية، والمذهب، والنظم، وغيرهم.

فمفهوم كلامهم: أنه لو استأجر لزرع ماشاء أو غرس ماشاء أو لزرع وغرس ماشاء: أنه لايصح، وهو أحد الوجهين، وظاهر ما جزم به فى الفائق، وجزم به فى الشرح[١].

والوجه الثانى: يصح، وهو الصحيح من المذهب. وجزم به فى التلخيص.

قال فى الفروع، عن ذلك: صح فى الأصح. كازرع ماشئت، أى كقوله: «آجرتك لتزرع ماشئت» بلا نزاع.

ومفهوم كلامهم أيضًا: أنه لو قال: «للزرع أو للغرس» وسكت: أنه لايصح وهو أحد الوجهين.

والوجه الآخر: يصح، وجزم به فى المغنى[٢]، والشرح[٣]، ونصراه.

قال فى الرعاية الكبرى: وإن اكترى لزرع، وأطلق: زرع ماشاء. وجزم به ابن رزين فى شرحه، وأطلقهما فى الفروع.

ومفهوم كلامهم: أنه لو آجره الأرض وأطلق، وهى تصلح للزرع وغيره: أنه لا يصح. وهو أحد الوجهين أيضًا.

قال فى التلخيص: ولو آجره الأرض سنة، و لم يذكر المنفعة من زرع أوغيره. مع تهيئها للجميع: لم يصح، للجهالة.

والوجه الأخر: يصح. وهو الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع، عن ذلك: صح فى الأصح.

قال فى الرعاية: صح فى الأقيس.

---

(١) ذكره فى الشرح (٦/٧٥).

(٢) ذكر فى المغنى فقال (لأن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين فصح ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين). المغنى (٦/٥٨).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (٦/٧٥).

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: يعم إن أطلق.

وإن قال: انتفع بها بما شئت: فله زرع وغرس وبناء.

ويأتى بعض ذلك وغيره عند قوله: «وله أن يستوفى المنفعة وما دونها».

فائدة: قوله: ﴿وَإِنِ اسْتَأْجَرَ لِلرُّكُوبِ: ذَكَرَ الْمَرْكُوبَ: فَرَسًا، أَوْ بَعِيرًا أَوْ نَحْوَهُ﴾.

بلا نزاع. ويذكر أيضًا: ما يركب به من سرج وغيره.

ويذكر أيضًا كيفية سيره: من هملاج وغيره. على الصحيح من المذهب.

جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

قال فى الرعاية: ويجب ذكر سيرها فى الأصح.

وقدم فى الترغيب: أنه لايشترط معرفة كيفية سيره.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لايشترط ذكر أنوثة الدابة، ولاذكورتها وهو أحد الوجهين. وهو المذهب.

قدمه فى الكافى[٣]، والمغنى[٤]، والشرح[٥]، والفائق .

والوجه الثانى: يشترط. اختاره القاضى فى الخصال، وابن عقيل فى الفصول. واقتصر عليه فى المستوعب. وقدمه ابن رزين فى شرحه. وأطلقهما فى الرعاية الكبرى، والفروع.

وظاهر كلام المصنف: أنه لايشترط ذكر نوعه. وهو الصحيح. وقدمه فى الفروع.

وفى الموجز: يشترط ذكر ذلك. وقدمه فى المغنى[٦]، والشرح[٧]. وجزم به ابن رزين فى شرحه.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة. المغنى (٦/٩٢).

(٢) ذكره فى الشرح فقال (لأن منافعها تختلف وتشترط معرفته برؤية أو صفة لأنه يصح بيعها بهما وذكر المهرج والقطوف لأن سيرهما يختلف ومعرفة ما يركب به من سرج أو غيره لانه يختلف بالركوب والراكب ولا يحتاج إلى ذكر الذكورة والأنوثة لأن التفاوت بينهما يسير). الشرح (٦/٨).

(٣) ذكره فى الكافى فقال: (لايشترط ولايحتاج إلى ذكر الذكورية والانوثية لأن التفاوت بينهما يسير) الكافى (٢/١٧٢).

(٤) ذكره فى المغنى كما فى الشرح. المغنى (٦/٩٣).

(٥) ذكر أيضًا فى الشرح وقال: (لأن التفاوت بينهما يسير). الشرح (٦/٨).

(٦) ذكره فى المغنى كما فى الشرح النقطة السابقة. المغنى (٦/٩٣).

(٧) الشرح (٦/٨).

قال فى الرعاية الصغرى: قلت: بل يجب ذكر جنسه ونوعه فى المركوب والحمل.

وجزم به القاضى فى الخصال. وتبعه فى المستوعب، وابن عقيل فى الفصول.

وقال المصنف: متى كان الكراء إلى مكة. فالصحيح: أنه لايحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع. لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة الجمال العراب دون البخاتى.

فائدة: لابد من معرفة الراكب: إما برؤية أو صفة. على الصحيح من المذهب كالمبيع. ذكره الخرقى، وغيره. وجزم به فى المنور، وتجريد العناية، وصححه فى تصحيح المحرر. وقدمه فى المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والفروع، والفائق، والزركشى.

وقال الشريف، وأبو الخطاب: لايجزئ فيه إلا الرؤية. فلا تكفى الصفة من غير رؤية. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، وصححه فى النظم. وأطلقهما فى المحرر[(٣)]، والرعاية الصغرى.

ويشترط معرفة توابع الراكب العرفية: كالزاد، والأثاث، من الأغطية، والأوطئة: إما برؤية، أو صفة، أو وزن، على الصحيح من المذهب.

وجزم به فى المغنى[(٤)]، والشرح[(٥)]، وتجريد العناية، والمنور. وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى.

وقيل: لابد من الرؤية. فلاتكفى الصفة.وأطلقهما فى المحرر[(٦)].

وقيل: لايشترط ذكر ذلك مطلقا. ذكره فى الرعاية وغيرها.

وقال القاضى: لايشترط معرفة غطاء المحمل. بل يجوز إطلاقه. لأنه لايختلف اختلافا كثيرا متباينا.

وقال فى الرعاية الكبرى: ويشترط معرفة المحمل برؤية أو وصف.

وقيل: أو بوزنه.

---

(١) المغنى (٦/٩٢).
(٢) ذكره فى الشرح (٦/٨).
(٣) المحرر (١/٣٥٧).
(٤) ذكره فى المغنى كما بالشرح. المغنى (٦/٩١).
(٥) ذكره فى الشرح (ولابد من معرفة الحامل والأوطئه والأغطية والمعا ليق ونحوهما إما برؤية أو صفة أو وزن). الشرح (٦/٨١).
(٦) قال فى المحرر(فإن وصف ذلك على وجهين). المحرر (١/٣٥٧).

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ لِلْحَمْلِ لَمْ يَحْتج إِلَى ذِكْرِهِ﴾.

اعلم أنه إذا استأجر للحمل، فلا يخلو: إما أن يكون المحمول تضره كثرة الحركة أولا. فإن كان لا تضره كثرة الحركة: لم يحتج إلى ذكر ما تقدم. على الصحيح من المذهب. جزم به في المغنى[١]، والتلخيص، والشرح[٢]، والنظم، وغيرهم. وقدمه في الفروع. وقيل: يحتاج إلى ذكره.

وإن كان يضره كثرة الحركة - كالزجاج، والخزف، والتفاح، ونحوه - اشترط معرفة حامله. على الصحيح من المذهب. قطع به ابن عقيل في التذكرة، والمصنف في المغنى[٣]، والشارح، وصاحب التلخيص، والنظم، وغيرهم. وقدمه في الفروع.

وقيل: لايحتاج إلى ذكره. وهوظاهر كلام المصنف هنا.

قال في الفروع: ويتوجه مثله ما يدير دولابًا ورحىً. واعتبره في التبصرة.

فائدة: يشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة، وذكر جنسه وقدره بالكيل، أو بالوزن. على الصحيح من المذهب. قدمه في المغنى[٤]، والشرح[٥]، والفروع.

واكتفى ابن عقيل، وصاحب الترغيب، وغيرهما بذكر وزن المحمول، وإن لم يعرف عينه. وتقدم كلامه في الرعاية في المحمل.

فائدة: يشترط معرفة أرض الحرث. جزم به في الفروع وغيره من الأصحاب.

قوله: ﴿ الثَّانِي: مَعْرِفَةُ الأُجْرَةِ بِماَ يَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ﴾.

هذا المذهب في الجملة. إلا ما استثنى من الأجير، والظئر، ونحوهما. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه في الفروع وغيره.

قال في الرعايتين، والفروع، والحاوى، وغيرهم: يشترط معرفة الأجرة. فإن كانت في الذمة: فكثمن، والمعينة: كمبيع.

وعنه: تصح إجارة الدابة بعلفها.

وتأتى هذه الرواية. ومن اختارها بعد أحكام الظئر.

---

(١) انظر المغنى (٦/٩٢).

(٢) قال في الشرح: (لعدم الغرض في معرفته). الشرح (٦/٨).

(٣) ذكره في المغنى (٦/١٠١).

(٤) ذكره في المغنى (٦/٩١).

(٥) قال في الشرح: (لأن البيع يصح بكلا الأمرين ويحصل بالمشاهدة لأنها من أعلى طرق العلم وبالصفة إذا ذكر القدر والجنس). الشرح (٦/٨).

فائدتان

إحداهما: لو جعل الأجرة صُبرة دراهم أو غيرها: صحت الإجارة. على الصحيح من المذهب[1]. صححه فى النظم وغيره. كما يصح البيع بها على الصحيح. كما تقدم.

وفيه وجه آخر: لاتصح.

وأطلقهما الزركشي. وهو كالبيع، قاله فى الفروع، وغيره، وصحح الصحة فى البيع. فكذا هنا. وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

الفائدة الثانية: قال فى التلخيص، والرعاية: وإن استأجر فى الذمة ظهرا يركبه، أو يُحمل عليه إلى مكة بلفظ «السلم» اشترط قبض الأجرة فى المجلس، وتأجيل السفر مدة معينة.

زاد فى الرعاية: وإن كان بلفظ «الإجارة» جاز التفرق قبل القبض، وهل يجوز تأخيره؟ يحتمل وجهين. انتهى.

تنبيه: تقدم فى أول باب المساقاة: هل تجوز إجارة الأرض بجنس ما يخرج منها، أو بغيره؟ فليعاود.

وتقدم أيضًا، فى أثناء المضاربة: لو أخذ ماشيةً ليقوم عليها بجزء من درها ونسلها وصوفها، وبعض مسائل تتعلق بذلك.

قوله: ﴿إِلاَّ أَنَّهُ يَصِحّ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسْوَتِهِ، وَكَذلِكَ الظِّئْرُ﴾.

وهذا المذهب[2] مطلقا. وعليه جماهير الأصحاب.

قال فى القواعد: من الأصحاب من لم يحك فيه خلافا.

قال الزركشي: هذا المشهور من الروايتين. واختيار القاضى فى التعليق وجماعة.

قال الطوفى فى شرح الخرقى: هذا ظاهر المذهب.

قال فى القواعد: هذا أصح. ونصره المصنف، والشارح، وابن رزين وغيرهم.

---

(١) قال فى الشرح: (فإن كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر كالصبرة جاز فى أحد الوجهين كالثمن فى البيع) الشرح (٦/٩). الكافى (٢/١٧٦).

(٢) ذكره فى الكافى: (ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته سواء جعل ذلك جميع الأجرة أو بعضها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال«رحم الله أخى موسى أجر نفسه ثمانى سنين على طعام بطنه وعفة فرجه» رواه ابن ماجه «ولأن العادة جارية من غير نكير فأشبه الإجماع. الكافى (٢/١٧٥). الشرح (٦/١٠). المحرر (١/٣٥٧). المغنى (٦/٦٨).

وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في المحرر[١]، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، والتلخيص، والنظم، والفائق.

وعنه: لاتصح فيهما حتى يصف الطعام والكسوة.

وعنه: لايصح في الأجير، ويصح في الظئر. اختاره القاضي في بعض كتبه.

قال الزركشي: أظنه في المجرد.

وقدم في التلخيص: الصحة في الظئر. وأطلق في الأجير: الروايتين.

قال في الرعاية الكبرى: فإن قدر للظئر حالة الإجارة، وإلا فلها الوسط.

فعلى المذهب: لو تنازعا في قدر الطعام والكسوة: رجع فيهما إلى العرف، على الصحيح من المذهب. فيكون لها طعام مثلها أو مثله، وكسوة مثلها أو مثله، كالزوجة مع زوجها. نص عليه. وجزم به في التلخيص. وجزم بمثله في المحرر في المضارب. وقدمه في الفروع.

وعنه: كالمسكين في الكفارة في الطعام والكسوة. وقدمه الطوفي في شرحه. وزاد: أو يرجع إلى كسوة الزوجات. وأطلقهما الزركشي.

وقيل: يرجع في الإطعام إلى إطعام المسكين في الكفارة، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثلها. وقدمه في المغني[٢]، والشرح[٣]، والفائق. وجزم به في الرعاية الكبرى.

قال الزركشي: وهو تحكم.

قال في الرعاية الصغرى: وله الوسط مع النزاع. كإطعام الكفارة.

وهذا القول نظير ما قطع به المصنف وغيره في نفقة المضارب مع التنازع.

قوله: ﴿وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْطِيَ عِنْدَ الفِطَامِ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً، إِذَا كَانَ المسْتَرْضَعُ مُوسِراً﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه في الفروع، وغيره.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: ولعل هذا في المتبرعة بالرضاع. انتهى. وقال أبو بكر: يجب.

---

(١) قال في المحرر: (ومن أستأجر أجيرا بطعامه وكسوته جاز). المحرر (٣٥٧/١).

(٢) ذكره بنصه وتمامه في المغني (٦٩/٦).

(٣) ذكره بنصه في الشرح (١١/٦).

فوائد

منها: قال فى الرعاية، والنظم وغيرهما: لو كانت المرضعة أمة. استحب إعتاقها.

ومنها: لو استؤجرت للرضاع والحضانة معاً. فلا إشكال فى ذلك.

وإن استؤجرت للرضاع، وأطلق: فهل تلزمها الحضانة؟ فيه وجهان. ذكرهما القاضى ومن بعده، وأطلقهما فى المغنى[1]، والشرح[2]، والتلخيص، والفروع، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

أحدهما: يلزمها الحضانة أيضًا. وقدمه فى الرعاية الكبرى أيضًا فى الفصل الأربعين من هذا الباب.

والوجه الثاني: لايلزمها سوى الرضاع. قدمه ابن رزين فى شرحه.

وقيل: الحضانة تتبع الرضاع، للعرف.

قلت: وهو الصواب.

وقيل: عكسه. ذكره فى الفروع.

يعنى: أن الرضاع يتبع الحضانة للعرف فى ذلك. و لم أفهم معناه على الحقيقة.

فعلى الوجه الثانى: ليس على المرضعة إلا وضع حلمة الثدى فى فم الطفل وحمله، ووضعه فى حجرها. وباقى الأعمال فى تعهده: على الحاضنة، ودخول اللبن تبعا. كنقع البئر، على ما يأتى.

قال ابن القيم – رحمه الله – فى الهدى: عن هذا القول – الله يعلم، والعقلاء قاطبة: أن الأمر ليس كذلك – وأن وضع الطفل فى حجرها ليس مقصودا أصلا ولا ورد عليه عقد الإجارة، لاعرفًا ولا حقيقة، ولا شرعًا. ولو أرضعت الطفل وهو فى حجر غيرها أو فى مهده، لاستحقت الأجرة. ولو كان المقصود إلقام الثدى المجرد لاستؤجر له كل امرأة لها ثدى، ولو لم يكن لها لبن. فهذا هو القياس الفاسد حقا والفقه البارد. انتهى.

وإن استؤجرت للحضانة، وأطلق: لم يلزمها الرضاع، على الصحيح من المذهب.

قال فى التلخيص: لم يلزمها وجها واحدا.

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال:- (وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة؟ فيه وجهان أحدهما لا تدخل لأن العقد ما تناولها والثانى:- تدخل لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبى) فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعاده. المغنى (٦/٧٣).

(٢) وذكر الوجهين أيضًا صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦/١٣).

وقيل: يلزمها. وقدمه فـى الرعايـة الكـبرى فـى الفصـل الأربعـين. وأطلقهمـا فـى الفروع، والرعاية الكبرى فى موضع.

ومنها: المعقود عليه في الرضاع: خدمة الصبى، وحمله، ووضع الثدى فى فمه على الصحيح من المذهب. وأما اللبن: فيدخل تبعًا.

قال فى الرعاية: العقد وقع على المرضعة، واللبن تبـع، يسـتحق إبلاغـه بالرضـاع. وقدمه فى الشرح[1].

قال فى الفصول، الصحيح: أن العقد وقع على المنفعة. ويكون اللبن تبعا.

قال القاضى فى الخصال: لبن المرضعة يدخل فى عقـد الإجـارة، وإن كـان يهلـك بالانتفاع. لأنه يدخل على طريق التبع.

قلت: وكذا قال المصنف وغيره فى هـذا البـاب، حيـث قـالوا: يشـترط أن تكـون الإجارة على نفع. فلا تصح إجارة حيوان ليأخذ لبنه إلا فى الظـئر ونفـع البـئر يدخـل تبعـاً. وقالـه فـى الفـروع وغـيره مـن الأصحـاب، علـى أحـد الاحتمـالين فـى كـلام المصنف على ما يأتى.

وقيل: العقد وقع على اللبن.

قال القاضى: وهو الأشبه.

قال ابن رزين فى شرحه: وهو الأصح لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق آيه ٦] انتهى.

قال ابن القيم فى الهدى: والمقصود إنما هو اللبن.

وتقدم كلامه لمن قال: العقد وقع على وضعها الطفل فـى حجرهـا وإلقامـه ثديهـا واللبن يدخل تبعاً.

قال الناظم:

وفى الأجود المقصود بالعقد درها ... والإرضاع، لاحضن ومبدأ مقصد

وأطلق الوجهين فى المغنى[2]، والفروع، والفائق.

---

(١) ذكره فى الشرح فقال (والمعقود عليه فى الرضاع خدمة الصبى وحمله ووضع الثدى فى فيه واللبن تبـع كالصبغ فى إجازة الصباغ لأن اللبن عين فلا يعقد عليه فى الإجارة). الشرح (١٤/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى المغنى (فقال واختلفت فى المعقود عليه فى الرضاع فقيـل هـو خدمـة الصبـى وحملـه ووضع الثدى فى فمه تبع كالصبغ فى إجارة الصباغ وماء اللبن فى الدار لأن اللبن عين من الأعيـان فـلـ=

ومنها: لو وقعت الإجارة على الحضانة والرضاع وانقطع اللبن: بطل العقد فى الرضاع. وفى بطلانه فى الحضانة وجهان. وأطلقهما فى الرعاية الكبرى . قلت : الأولى: البطلان .لأنها فى الغالب تبع . وإذا لم تلزمها الحضانة . وانقطع لبنها: ثبت الفسخ. وإن قلنا: تلزمها الحضانة، لم يثبت الفسخ، على الصحيح.

قال فى الرعاية: لم يثبت الفسخ فى الأصح. فيسقط من الأجرة بقسطه.

وقيل: يثبت الفسخ. وأطلقهما فى التلخيص، والفائق

ومنها: يجب على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها، ويصلح به. وللمكترى مطالبتها بذلك.

ولو سقته لبناً، أو أطعمته: فلا أجرة لها. وإن أرضعته خادمها: فكذلك قطع به فى المغنى(١)، والشرح(٢).

ومنها: لا تشترط رؤية المرتضع، بل تكفى صفته. جزم به فى الرعايتين، والفائق.

قلت: وهو الصواب.

وقيل: تشترط رؤيته. قدمه فى المغنى(٣)، والشرح(٤)، وشرح ابن رزين. وجزم به فى المذهب. وهو المذهب. على ما ا صطلحناه. وأطلقهما فى الفروع.

ومنها: يشترط معرفة مدة الرضاع ومكانه: هل هو عند المرضعة، أو عند أبويه؟ قطع به المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، والنظم، وغيرهم.

ويأتى: هل تبطل الإجارة بموت المرضعة؟ عند قوله«وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها».

ومنها: رخص الإمام أحمد – رضى الله عنه – فى مسلمة ترضع طفلا لنصارى بأجرة، لا لمجوسى. وقدمه فى الفروع.

= يعقد عليه فى الإجارة كلبن غير الأدمى وقيل هو اللبن، قال القاضى هو أشبه لأنه المقصود دون الخدمة ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الأجرة ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئا ولأن الله تعالى قال«فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن»فجعل الأجر مرتبا على الإرضاع فيدل على المعقود عليه ولأن العقد لو كان الخدمة لما لزمها سقيه لبنها) المغنى (٦/٧٤).

(١) ذكره فى المغنى بنصه فقال (وذلك لأنها لم توف المعقود عليه فأشبه مالوا أكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه). المغنى (٦/٧٥).

(٢) ذكر فى الشرح كما فى المغنى (الشرح ٦/١٥).

(٣) قدمه فى المغنى فقال (معرفة الصبى بالمشاهدة لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبى فى كبره وصغره ونهمته وقناعته) المغنى (٦/٧٥).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى – الشرح (٦/١٤).

وسوى أبو بكر وغيره بينهما لاستواء البيع والإجارة.

فائدة: لايصح أن تستأجر الدابة بعلفها، على الصحيح من المذهب. اختاره المصنف، والشارح، وغيرهما. وقدمه فى الفروع.

وعنه: يصح. اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله. وجزم به القاضى فى التعليق وقدمه فى الفائق، وقال: نص عليه فى رواية الكحال.

وقال فى القاعدة الثانية والسبعين: فى استئجار غير الظئر من الأجر بالطعام والكسوة روايتان. أصحهما: الجواز، كالظئر: انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى قَصَّارٍ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَعْمَلاَهُ وَلَهُمَا عَادَةٌ بِأُجْرَةٍ صَحَّ. وَلَهُمَا ذَلِكَ. وَإِنْ لَمْ يَعْقِدَا عَقْدَ إِجَارَةٍ. وَكَذَلِكَ دُخُولُ الحَمَّامِ وَالرُّكُوبُ فِي سَفِينَةِ المَلاَّحِ﴾.

قال فى الفروع: وكذا لو استعمل حمالاً، أو شاهداً ونحوه.

قال فى القواعد: وكالمكارى، والحجام، والدلال ونحوهم.

اشترط المصنف لذلك: أن يكون له عادة بأخذ الأجرة.وهو أحد الأقوال كتعريضه بها .

اختاره المصنف، والشارح. وقطع به فى المحرر[١] وهو ظاهر ما قطع به فى التعليق، والفصول، والمبهج، وقواعد ابن رجب، والمحرر، والنظم

قال فى التلخيص: إذا كان مثله يعمل بأجرة.

قال فى الوجيز: وإن دخل حماما، أو سفينة، أو أعطى ثوبه قصاراً أو خياطاً بلا عقد: صح بأجرة العادة. انتهى.

والصحيح من المذهب[٢]: أن له الأجرة مطلقا. وعليه جماهير الأصحاب. وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة والتلخيص، والحاوى الصغير، وغيرهم. وصرح به الناظم. وقدمه فى الرعايتين، والفروع، والفائق. وقيل: لا أجرة له مطلقاً.

---

(١) قيده فعلا فى المحرر بالعادة فقال: (ومن ركب سفينة رجل أو دخل حمامه أو أعطاه ثوبا فقصره ويعرف بأخذ الأجرة على ذلك فله أجرة المثل). المحرر (٣٥٧/١).

(٢) ذكره فى الكافى فقال (لأن العرف جار بذلك فجرى مجرى الشرط كنقد البلد) انظر الكافى (١٧٦/٢). المغنى (١٤٥/٦). الشرح (١٦/٦).

وحيث قلنا: له الأجرة، فتكون أجرة المثل. لأنه لم يعقد معه عقد إجارة.

فائدة: قال فى التلخيص: ليس على الحمامى ضمان الثياب، إلا أن يستحفظه إياها صريحا بالقول.

وقال أيضًا: وما يعطاه الحمامى فهو أجرة المكان والسطل والمئزر، لاثمن الماء. فإنه يدخل تبعا. انتهى.

وقال فى الفروع، فى باب القطع فى السرقة: وإن فرط فى حفظ ثياب فى حمام، وأعدال، وغزل فى سوق أو خان، وما كان مشتركا فى الدخول إليه بحافظ فنام أو اشتغل: ضمن.

وقال فى الترغيب: يضمن إن استحفظه ربه صريحا، كما قال فى التلخيص.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ إجَارَةُ الْحُلِّي بِأُجْرَةٍ مِنْ جِنْسِهِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه فى رواية عبد الله. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المغنى[1]، والشرح[2]، والنظم، والفائق.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب.

وقال جماعة من الأصحاب: يجوز، ويكره، منهم: القاضى.

وقيل: لا يصح. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. اختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وأما إذا كانت الأجرة من غير جنسه: فيصح قولاً واحداً.

قوله: ﴿وَإنْ قَالَ: إنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ. وَإنْ خِطْتَهُ غَداً فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ .فَهَلْ يَصِحّ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[3]، والشرح[4]، والفائق، وشرح ابن منجا، والحاوى الصغير.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال (وتجوز إجارة الحلى نص عليه أحمد فى رواية ابنه عبد الله قال فى إجارة الحلى ما أدرى ما هو، قال القاضى: هو محمول على إجارته بأجرة من جنسه) المغنى (١٢٩/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (١٨/٦).

(٣) ذكر الإطلاق فى المغنى (فقال عن أحمد روايتان: أحدهما لايصح وله أجر المثل لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح كما لو قال بعتك نقدا بدرهم أو بدرهمين سنة الثانية:- يصح لأنه سمى لكل عمل عوضاً معلوما فصح كما لو قال كل دلو بتمرة) المغنى (٨٧/٤).

(٤) ذكر فى الشرح كما فى المغنى. انظر الشرح (٢٠/٦).

إحداهما: لا يصح. وهو المذهب.

قال فى التلخيص: والصحيح المنع.

قال فى النظم، الأولى: أنه لايصح. وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المحرر[١]، والفروع.

والرواية الثانية: يصح. وقدمه فى الرعايتين.

تنبيه: قدم فى الرعاية، والحاوى الصغير: أن الخلاف وجهين.

قوله: ﴿وَإنْ قَالَ: إنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ. وَإنْ خِطْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ: فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وهما روايتان. وأطلقهما فى المستوعب، والخلاصة، والمغنى[٢]، والشرح[٣]، والفائق ، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

قال فى الهداية، والمذهب: فيه وجهان، بناء على المسألة التى قبلها، وهى: «إن خطته اليوم فبكذا، وإن خطته غداً فبكذا».

أحدهما: لايصح. وهو المذهب.

قال فى التلخيص: والصحيح المنع. وصححه فى التصحيح، والنظم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المحرر[٤]، والفروع.

والوجه الثانى: يصح. قدمه فى الرعاية الكبرى.

فائدة: قال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعاية، والفائق، وغيرهم: والوجهان فى قوله: «إن فتحت خياطا فبكذا، وإن فتحت حداداً فبكذا».

قال فى الفائق: ولو قال: ما حملت من هذه الصبرة فكل قفيز بدرهم: لم يصح. قاله القاضى. ويحتمل عكسه. ذكره الشيخ - يعنى به المصنف - ثم قال: قلت: وتخرج الصحة من بيعه منها.

وفيه وجهان. ويشهد له ما سبق من النص. انتهى.

وإن قال: إن زرعتها قمحا فبخمسة، وإن زرعتها ذرة فبعشرة: لم يصح. قدمه فى الرعاية الكبرى. وصححه فى الصغرى، والنظم.

---

(١) قدم فى المحرر فعلا عدم صحته المحرر (٣٥٧/١).

(٢) قال فى المغنى (فيه روايتان بناء على التى فيها والخلاف فيها كالتى فيها). المغنى (٨٧/٦).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٢١/٦).

(٤) ذكره فى المحرر فقال: (وإن خطته روميا فبعشره وفارسيا بخمسة لم يصح) المحرر (٣٥٧/١).

وعنه: يصح. وأطلقهما فى الحاوى الصغير.

قوله: ﴿وَإِنْ أَكْرَاهُ دَابَّةً، وَقَالَ: إِنْ رَدَدْتَهَا الْيَوْمَ فَكِرَاؤُهَا خَمْسَةٌ وَإِنْ رَدَدْتَهَا غَدًا فَكِرَاؤُهَا عَشَرَةٌ. فَقَالَ أَحْمَدُ – فى رواية عَبْد اللّهِ – لاَ بَأْسَ بِهِ﴾.

قال فى الفائق: صح فى أصح الروايتين. وجزم به فى الوجيز، والمذهب. وقدمه فى الرعايتين، والخلاصة، والحاوى الصغير، والنظم.

وقال القاضى: يصح فى اليوم الأول.

وقال المصنف، والشارح: والظاهر عن الإمام أحمد رضى الله عنه فيما ذكرنا فساد العقد، على بيعتين فى بيعة، وقياس حديث على والأنصارى صحته.

وصحح الناظم فساد العقد.

قوله: ﴿وَإِنْ أَكْرَاهُ دَابَّةً عَشَرَةَ أَيَّامٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِم، وَمَا زَادَ فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ، فَقَالَ أَحْمَدُ – فى رواية أبى الحارث – هُوَ جائِزٌ﴾.

وهو الصحيح من المذهب[1]. نصره المصنف، والشارح. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الرعايتين، والخلاصة، والنظم، والحاوى الصغير، والفائق.

وقال القاضى: يصح فى العشرة وحدها.

وتأول نصوص الإمام أحمد رحمه الله على أن قوله: لابأس. وجائز فى الأول، ويبطل فى الثانى.

قال المصنف: والظاهر عن الإمام أحمد رحمه الله خلاف ذلك.

قال فى الهداية: الظاهر أن قول القاضى رجع إلى ما فيه الإشكال.

قال فى المستوعب: عندى أن حكم هذه المسألة حكم ما إذا آجره عيناً كل شهر بكذا. انتهى. وهى الآتية قريباً.

قوله: ﴿وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّه لاَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِىَ لِمُدَّةِ غَزَاتِه. وَإِنْ سَمّى لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئاً مَعْلُومَاً: فَجَائِزٌ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به أكثرهم. وقدمه فى الفروع.

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (هذا إذا قدر لكل عمل معلوماً أجراً معلوماً صح). الشرح (٢٢/٦). المغنى (٨٦/٦).

وقال فى المحرر[١]، والفائق وغيرهما: ويتخرج المنع. وهو رواية فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِن أَكْرَاهُ كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ، أَوْ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ. فَالْمَنْصُوصُ فى رواية ابن منصور: أَنَّهُ يَصِحُّ﴾.

وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الزركشى: وهو المنصوص عن الإمام أحمد، واختيار القاضى، وعامة أصحابه، والشيخين. انتهى.

قال الناظم: يجوز فى الأولى. وجزم به الخرقى، وصاحب الوجيز. وصححه فى تصحيح المحرر[٢]. وقدمه فى الرعاية الكبرى، والفائق، والكافى[٣]، وشرح ابن رزين.

وقال أبو بكر، وابن حامد: لا يصح. واختاره ابن عقيل.

قال فى الكافى[٤]: وقال أبو بكر، وجماعة من أصحابنا بالبطلان. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال الشارح: والقياس يقتضى عدم الصحة. لأن العقد تناول جميع الأشهر وذلك مجهول. وأطلقهما فى المغنى[٥]، والشرح[٦]، والمحرر[٧]، والفروع.

وقيل: يصح فى العقد الأول لاغير.

قوله: ﴿وَكُلَّما دَخَلَ شَهْرٌ لَزِمَهُمَا حُكْمُ الإِجَارَةِ﴾.

هذا تفريع على الذى قدمه. وهو المذهب.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه فقال. (وإذا اكترى فى دابة لمدة غزاته كل يوم بدرهم جاز: ويتخرج المنع). المحرر(٣٥٧/١).

(٢) ذكره فى المحرر (على إحدى الروايتين) المحرر (٣٥٧/١).

(٣) قال فى الكافى (فالمنصوص أنه صحيح. لكن تصح فى الشهر الأول بإطلاق العقد لأنه معلوم يلى العقد وأجرته معلومه وما بعده يصح العقد فيه بالتلبس به). الكافى (١٧٤/٢).

(٤) ذكر فى الكافى فقال (وذهب أبو بكر وجماعة من أصحابنا إلى بطلانه لأن العقد على كل الشهور وهى مبهمة مجهولة فلم يصح كما لو جعل أجرتها فى الجميع شيئا واحدا). الكافى (١٧٥/٢).

(٥) ذكر الوجهين فى المغنى فقال (واختلف أصحابنا فذهب القاضى إلى أن الإجارة صحيحة واختيار الخرقى إلا أن الشهر الأول تلازم الإجارة فيه بإطلاق العقد لأنه معلوم يلى العقد وله أجر معلوم من الشهود يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى فى الدار واختار أبو بكر وابن حامد أن العقد باطلا لأن كل اسم للعدد فإذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسداً). المغنى (١٨/٦).

(٦) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى النقطة السابقة. الشرح (٢٤/٦).

(٧) قال فى المحرر (فعلى روايتين). المحرر (٣٥٧/١).

قال المصنف، والشارح، والناظم، وصاحب الفائق وغيرهم: يلزم الأول بالعقد، وسائرها بالتلبس به.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الفَسْخُ عِنْدَ تَقَضِّى كُلِّ شَهْرٍ﴾.

أن الفسخ يكون قبل دخول الشهر الثانى. وهو اختيار أبى الخطاب، والمصنف، والشارح، والشيخ تقى الدين رحمه الله، وهو مقتضى كلام الخرقى، وابن عقيل فى التذكرة، وصاحب الفائق. وجزم به فى الوجيز. وصرح به ابن الزاغونى. فقال: يلزم بقية الشهور إذا شرع فى أول الجزء من ذلك الشهر. انتهى

فعلى هذا: لو أراد الفسخ يقول: فسخت الإجارة فى الشهر المستقبل ونحو ذلك.

والصحيح من المذهب: أن الفسخ لايكون إلا بعد فراغ الشهر. اختاره القاضى. وجزم به فى المحرر[١]، والنظم، والمنور. وقدمه فى الفروع.

وقال المصنف أيضًا: له الفسخ بعد دخول الشهر الثانى، وقبله أيضًا.

وقال أيضًا: ترك التلبس به فسخ. وجزم به فى المغنى[٢]، والشرح[٣]، والفائق.

وقال فى الروضه: إن لم يفسخ حتى دخل الثانى. فهل له الفسخ؟ فيه روايتان. انتهى.

فعلى المذهب: يكون الفسخ فى أول كل شهر فى الحال، على الصحيح.

قال فى الفروع: يفسخ بعد دخول الثانى. وقدمه فى النظم.

وقال القاضى، والمجد فى محرره: له الفسخ إلى تمام يوم.

قال فى الرعاية الكبرى: إلا أن يفسخها أحدهما فى أول يوم منه.

وقيل: أو يومين. وقيل: بل أول ليلة منه. وقيل: عند فراغ ما قبله.

وقلت: أو يقول: إذا مضى هذا الشهر فقد فسختها. انتهى.

فائدتان

إحداهما: لو أجره شهراً لم يصح، على الصحيح من المذهب. نص عليه. وقدمه فى الفروع.

---

(١) قال فى المحرر: (فإن قلنا: يصح فلكل واحد منهما الفسخ عقب كل شهر إلى تمام يوم) المحرر (٣٥٧/١).

(٢) قال فى المغنى:(متى نترك التلبس به فى شهر لم تثبت الإجارة فيه لعدم العقد). المغنى (١٩/٦).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الموضع السابق. الشرح (٢٥/٦).

قال الزركشي: قطع به القاضي، وكثيرون

وعنه يصح. اختاره المصنف. وابتداؤه من حين العقد.

وخرجه في المستوعب من كل شهر بكذا. وفرق القاضي وأصحابه بينهما.

الثانية: لو قال: أجرتكها هذا الشهر بكذا، وما زاد فبحسابه: صح في الشهر الأول. ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به.

قال في المغني[١]، والشرح[٢]: وإن اكتراها شهراً معيناً بدرهم، وكل شهر بعده بدرهم أو بدرهمين: صح في الأول. وفيما بعده وجهان. وأطلقهما في المغني[٣]، والشرح[٤]، والناظم، والرعايتين، وشرح ابن رزين.

قلت: الأولى الصحة. وهي شبيهة بمسألة المصنف والخرقي المتقدمة.

ثم وجدته قدمه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير. وقالا: نص عليه.

وقال في الحاوي عنه: القول بعدم الصحة اختاره القاضي.

قوله: ﴿وَلَا يَصِحّ الاسْتِئجَارُ عَلَى حَمْلِ الْمَيْتَةِ وَالْخَمْرِ﴾.

هذا المذهب. قال في الفروع: ويحرم على الأصح.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب. وجزم به في الوجيز وغيره. وقدمه في الشرح[٥]. وقال: هذا المذهب.

وَعَنْهُ: يَصِح. لكن يكره. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

فعلى المذهب: لا أجرة له. قاله في التلخيص.

قوله: ﴿وَيُكْرَهُ أَكْلُ أُجْرَتِهِ﴾.

يعني: على الرواية الثانية التي تقول: يصح الإجارة على ذلك. وهذا الصحيح، وعليه الأصحاب.

---

(١) ذكره في المغني (٦/١٨).

(٢) ذكره في الشرح (٦/٢٤).

(٣) ذكرهما في المغني بناء على الرأيين (المغني ٦/١٨).

(٤) ذكرهما في الشرح بناء على الرأيين (الشرح ٦/٢٤).

(٥) ذكره صاحب الشرح وقدمه على الرأي الآخر الشرح (٦/٢٩).

وقال صاحب الفائق وغيره، وقيل: فيه روايتان.

قال في المستوعب: وهل يطيب له أكل أجرته؟ فيه وجهان. أحدهما: لا يطيب، ويتصدق به.

وقال في التلخيص: وهل يأكل الأجرة، أو يتصدق بها؟ فيه وجهان.

تنبيه: مراده بحمل الميتة والخمر هنا: الحمل لأجل أكلها لغير مضطر، أو شربها، فأما الاستئجار لأجل إلقائها أو إراقتها: فيجوز. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير، منهم المصنف، والشارح، وصاحب الفروع وغيرهم.

وإن كان كلامه في الفروع موهما.

وقيل: لا يجوز. حكاه الناظم، فقال:

وجوز على المشهور حمل إراقة ونبذ لميتات، وكسح الأذى الردى

وعنه: يكره. وهي مراد غير المشهور في النظم.

فوائد

إحداهما: لايكره أكل أجرته. على الصحيح من المذهب. وعنه يكره.

الثانية: لو استأجره على سلخ البهيمة بجلدها: لم يصح. جزم به في المغني[(١)] والشرح[(٢)]. وقدمه في النظم.

وقيل: يصح. وصححه في التلخيص. وهو الصواب. قال الناظم:

ولو جوزوه مثل تجويز بيعه بعيراً وثنيا جلده لم أبعد

وأطلقهما في الرعاية.

وتقدم التنبيه على ذلك، وعلى نظائره في أواخر المضاربة.

فعلى الأول: له أجرة المثل.

الثالثة: تجوز إجارة المسلم للذمي إذا كانت الإجارة في الذمة بلا نزاع أعلمه[(٣)].

---

(١) ذكره في المغني (فقال لم يجز لأنه لايعلم هل يخرج الجلد سليما أولا وهل هو ثخين أو رقيق ولأنه لايجوز أن يكون ثمنا في البيع فلا يجوز أن يكون عوضا في الإجارة كسائر المجهولات فإن سلخه كذلك فله أجر مثله). المغني (١٢/٦).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغني الشرح (١٩/٦).

(٣) قاله في الكافي (ولا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي نص عليه، لأن عليا رضي الله عنه أجر نفسه يهوديا يسقي له كل دلو بتمرة وأخبر به النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره وأكل أجرته ولا يؤجر=

ونص عليه فى رواية الأثرم.

قال ابن الجوزى فى المذهب: يجوز على المنصوص. وجزم به فى الفروع وغيره.

وفى جواز إجارته لـه لعمـل غـير الخدمـة مـدة معلومـة: روايتـان. وأطلقهمـا فـى الفروع، والنظم.

إحداهما: يجوز. وهو المذهب. صححه المصنف، والشارح هنا.

قال فى المغنى[(١)] فى المصراة: هذا أولى. وجزم به فى المحـرر[(٢)]، والوجـيز. وقدمـه فى الشرح[(٣)]، والرعايتين، والحاوى الصغير.

والثانية: يجوز. ولايصح

وأما إجارته لخدمته: فلا تصح. على الصحيح من المذهب. ونص عليه فى رواية الأثرم.

قال فى الفروع: ولاتجوز إجارته لخدمته، على الأصـح. وجـزم بـه فـى المذهـب، والمغنى[(٤)]، والشرح[(٥)].

وعنه: يجوز. وقدمه فى المحرر[(٦)]، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغـير. وجـزم بـه فى المنور. وكذا حكم إعارته. قاله فى الفروع وغيره.

فائدة: حكم إعارته حكم إجارته للخدمة. قاله فـى الفـروع وغـيره. ويـأتى ذلـك فى العارية.

قوله: ﴿وَالْإِجَارَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ. أَحَدُهُمَا: إجَارَةُ عَيْنٍ. فَتَجُوزُ إجَـارَةُ كُـلِّ عَيْـنٍ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ المُبَاحَةِ مِنْهاَ مَعَ بقَائِهاَ، وَحَيَوَانٍ لِيَصيدَ بَهَ إلاَّ الكَلْبَ﴾.

لا يجوز إجارة الكلـب مطلقـا. علـى الصحيـح مـن المذهـب. وعليـه الأصحـاب.

=نفسه لخدمته لأنه يتضمن ونتخرج الجواز لأنه عاوضه عن منفعة فجاز كإجارته لعمل شيء) الكـافى (١٧٢/٢). وذكره فى المغنى (١٣٩/٦). والشرح (٣٨/٦). والمحرر (٣٥٦/١).

(١) ذكره فى المغنى (١٣٩/٦).

(٢) ذكره فى المحرر فقال: (يجوز أن يؤجر المسلم نفسه من الذمى). المحرر (٣٥٦/١).

(٣) ذكر فى الشرح (٣٨/٦).

(٤) قال فى المغنى (ولاتجوز إجارة المسلم للذمى لخدمته نص عليه أحمد رواية الأثرم فقال: (إن أجـر نفسـه من الذمى فى خدمته لم يجز لأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له واستخدامه أشبه البيع يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين منه حبسه مدة الإجارة واستخدامه والبيع لايتعـين فيـه ذلـك فـإذا منع منه فلان يمنع من الإجارة أولى) المغنى (١٣٨/٦).

(٥) ذكره فى الشرح بتمامه كما فى المغنى (١٣٨/٦)، والشرح (٣٨/٦).

(٦) قال فى المحرر (ويجوز أن يؤجر نفسه للذمى. وعنه المنع فى الخدمة خاصة) المحرر (٣٥٦/١).

وقطع به أكثرهم.

وقيل يجوز إجارة كلب يجوز اقتناؤه.

ويجيء على ما اختاره الحارثى فى جواز بيعه: صحة إجارته أيضًا.

قال فى القاعدة السابعة والثمانين: حكى الحلوانى فيه وجهين. وخرج أبو الخطاب وجها فى الجواز.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر قوله«وحيوان ليصيد» أنه إذا لم يصلح للصيد: أنه لاتجوز إجارته. وهو صحيح. قاله المصنف، والشارح، وغيرهما.

الثاني: صحة إجارة حيوان ليصيد به مبنية على صحة بيعه، على ما تقدم فى كتاب البيع

لكن جزم فى التبصرة بصحة إجارة هرٍ وفهدٍ وصقرٍ معلم للصيد، وحكى فى بيعها الخلاف. قاله فى الفروع.

قلت: وكذا فعل المصنف فى هذا الكتاب، وكثير من الأصحاب. فما فى اختصاص صاحب التبصرة بهذا الحكم مزية. وإنما ذكر الأصحاب ذلك بناء على الصحيح من المذهب.

فائدة: تحرم إجارة فحل للنزو. على الصحيح[1] من المذهب. وعليه الأصحاب.

وعنه: لاتصح. وقيل: تصح. وهو تخريج لأبى الخطاب. بناء على إجارة الظئر للرضاع، واحتمال لابن عقيل. ذكره الزركشى.

وكرهه الإمام أحمد رحمه الله. زاد حرب: جداً.

قيل: فالذى يعطى ولايجد منه بداً؟ فكرهه.

ونقل ابن القاسم: قيل له: يكون مثل الحجام. يعطى وإن كان منهيا عنه؟ فقال: لم يبلغنا أنه عليه الصلاة والسلام أعطى فى مثل هذا كما بلغنا فى الحجام.

وحمله القاضى على ظاهره. وقال: هذا مقتضى النظر، ترك فى الحجام.

وحمل المصنف كلام الإمام أحمد على الورع: لا التحريم.

---

(١) ذكره فى المغنى.(فقال ولا تجوز إجارة الفحل للضراب لأن النبى ﷺ نهى عن عَسْبِ الفحل متفق عليه) لأن المقصود من الماء الذى يخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لأحكام عين غائبة فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها) المغنى (١٣٣/٦)، والكافى (١٧٠/٢)، والشرح (٣٥/٦).

وقال: إن احتاج ولم يجد من يطرق له: جاز أن يبذل الكراء. وليس للمطرق أخذه.

قال الزركشى: وفيه نظر.

قال المصنف: فإن أطرق بغير إجارة ولاشرط، فأهديت له هدية، أو أكرم بكرامة: فلا بأس.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ولو أنزاه على فرسه فنقص: ضمن نقصه.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كِتَابٍ لِيَقْرَأَ فِيهِ، إلاّ الْمُصْحَفَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

فى جواز إجارة المصحف ليقرأ فيه ثلاث روايات: الكراهة، والتحريم، والإباحة. وأطلقهن فى الفروع.

والخلاف هنا: مبنى على الخلاف فى بيعه.

أحدها: لايجوز. وهو المذهب. صححه فى التصحيح، والنظم، والمذهب، وجزم به فى الوجيز وغيره.

الثانى: يجوز. قدمه فى الفائق. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى(١)، والشرح(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير. وقيل: يباح.

فائدة :يصح نسخه بأجرة . نص عليه .وتقدم فى نواقض الطهارة :هل يجوز للذمىّ نسخه؟

فائدة: ماحرم بيعه حرم إجارته. إلا الحر والحرة، ويصرف بصره عن النظر. نص عليه. والوقف، وأم الولد. قاله الأصحاب.

قوله: ﴿وَاسْتِئْجَارُ النَّقْدِ لِلتَحَلىِّ وَالْوَزْنِ لاَغَيْرُ﴾.

جزم به فى المغنى(٣)، والخلاصة، والتلخيص، والشرح(٤)، والرعايتين، والفائق، والحاوى الصغير.

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى (وقال وفى إجارة المصحف وجهان أحدهما: لاتصح إجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعارضة به وابتذاله بالثمن فى البيع والأجر فى الاجاره - الثانى - تجوز إجارته لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب فأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتها). المغنى (١٣٨/٦).

(٢) ذكرهما فى الشرح (أى الوجهين) كما فى المغنى (١٣٨/٦). الشرح (٣١/٦).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصورة مع بقاء عينها فأشبهت سائر ما تجوز إجارته والزينة من المقاصد الآصلية وفارق الشمع لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه) المغنى (١٣٠/٦).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى النقطه السابقه. الشرح (٣٢/٦).

قال في المحرر[١]: يجوز إجارة النقد للوزن ونحوه.

وقال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والوجيز، وغيرهم: ويجوز إجارة نقد للوزن. واقتصروا عليه.

قال في الفروع: ومنع في المغنى إجارة نقد، أوشمع للتجمل، وثوب لتغطية نعش، وما يسرع فساده كرياحين.

قال في الترغيب وغيره: ونفاحة للشم. بل عنبر وشبهه. وظاهر كلام جماعة: جواز ذلك. انتهى.

فظاهر كلامه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والوجيز: أنه لايجوز للتحلي. لاقتصارهم على الوزن. اللهم إلا أن يقال: خرج كلامهم على الغالب. لأن الغالب في الدراهم والدنانير أن لايتحلى بها.

وقول صاحب الفروع «للتجمل» ليس المراد التحلي به. لأن التجمل غير التحلي

وأطلق في الفروع في إجارة النقد للتحلي والوزن الوجهين في كتاب الوقف.

قوله: ﴿فَإِنْ أَطْلَقَ. يعني الإجَارَة في النقد. وقلنا بالصحة في التي قبلها: لَمْ يَصِح فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. اختاره القاضي. واختاره ابن عبدوس في تذكرته. وجزم به في الوجيز. وقدمه في الخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والفروع. ذكره في كتاب الوقف.

والوجه الثاني: يصح.

(وينتفع بها في ذلك» يعني: في التحلي، والوزن. اختاره أبو الخطاب، والمصنف. وهو الصواب. وقدمه في الشرح[٢]. وأطلقهما في المذهب، والمستوعب، والتلخيص، وشرح ابن منجا، والقواعد. وعند القاضي يكون قرضًا أيضاً.

فعلى المذهب: يكون قرضاً. قاله الأصحاب.

(١) ذكره بنصه في المحرر (١/٣٥٦).

(٢) ذكره صاحب الشرح فقال: (قال أبي الخطاب لأن منفعتها في الإجارة متعينة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما كاستئجار الدار مطلقًا فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها. وقال صاحب الشرح: قال شيخنا - أى صاحب المغنى - وقول أبي الخطاب أصح إن شاء الله تعالى لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده وقد أمكن حملها على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها). الشرح (٦/٣٢).

فائدة: وكذا حكم المكيل والموزون، والفلوس. قاله فى القاعدة الثامنة والثلاثين.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ وَلَدِهِ لِخِدْمَتِهِ، وَامْرَأَتِهِ لِرَضَاعِ وَلَدِهِ وَحَضَانَتِهِ﴾.

يجوز استئجار ولده لخدمته. قاله الأصحاب(١). وقطعوا به.

قلت: وفى النفس منه شىء. بل الذى ينبغى: أنها لا تصح، ويجب عليه خدمته بالمعروف.

وأما استئجار امرأته لرضاع ولده: فالصحيح من المذهب: جوازه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به الخرقى وغيره.

قال المصنف، والشارح: هذا الصحيح من المذهب. وهو من مفردات المذهب.

وقال القاضى: لايجوز. وتأول كلام الخرقى على أنها فى حبال زوج آخر.

قال الشيرازى فى المنتخب: إن استأجرها من هى تحته لرضاع ولده لم يجز. لأنه استحق نفعها.

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله: لاأجرة لها مطلقاً.

ويأتى فى باب نفقة الأقارب بأتم من هذا، عند قوله «وإن طلبت أجرة مثلها، ووجد من يتبرع برضاعه فهى أحق».

فعلى المذهب: لافرق بين أن يكون الولد منها أو من غيرها. ولا أن تكون فى حباله أوْ لا.

ويأتى قريب من ذلك فى آخر باب نفقة الأقارب والمماليك.

فائدة: يجوز أن يستأجر أحد والديه للخدمة لكن يكره ذلك.

قوله: ﴿وَلاَيَصِحّ إلاَّ بِشُرُوطٍ خَمْسَةٍ. أَحَدُهَا: أَنْ يَعْقِدَ عَلَى نَفْعِ العَيْنِ دُونَ أَجْزَائِها. فَلاَ تَصِحّ إجارة الطَّعَامِ لِلأَكْلِ وَلاَ الشَّمْعِ لِيَشْعلَهُ﴾

لا يجوز إجارة الشمع ليشعله، على الصحيح من المذهب(٢). وعليه جماهير

---

(١) ذكره فى المغنى فقال (لنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج يصح أن تعقده معه كالبيع ولأن منافع الزوجة فى الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لايملك إجبارها على حضانة ولدها ويجوز لها أن تأخذ العوض من غيره فجاز لها أخذه منه كثمن حالها - وكذا أخته أو ابنته أو سائر أقاربه بغير خلاف). المغنى (٧٦/٦). الشرح (٣٤/٦).

(٢) قال فى الكافى: (لأنه مما تذهب أجزاؤه بالانتفاع به ولأن الإجارة عقد على المنافع فلا تجوز لاستيفاء عين كما لو استأجر دينارا لينفقه). الكافى (١٧١/٢). والشرح (٣٥/٦). والمحرر (٣٥٦/١). والمغنى (١٣٢/٦).

الأصحاب. وقطع به أكثرهم.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ليس هذا بإجارة، بل هو إذن فى الإتلاف، وهو سائغ، كقوله: من ألقى متاعه.

قال فى الفائق: وهو المختار. ثم قال: قلت: وهو مشابه لبيعه من الصبرة كل قفيز بكذا. ولو أذن فى الطعام بعوض كالشمع فمثله. انتهى.

وقال فى الفروع: وجعله شيخنا – يعنى إجارة الشمع ليشعله – مثل: كل شهر بدرهم. فمثله فى الأعيان نظير هذه المسألة فى المنافع. ومثله: كلما أعتقت عبداً من عبيدك فعلىّ ثمنه. فإنه يصح، وإن لم يبين العدد والثمن. وهو إذن فى الانتفاع بعوض. واختار جوازه، وأنه ليس بلازم. بل جائز، كجعالة، وكقوله: الق متاعك فى البحر وعلىَّ ضمانه. فإنه جائز. ومن ألقى كذا فله كذا. انتهى. وتقدم فى أول فصل المزراعة: هل يجوز إجارة الشجرة بثمرها؟.

قوله: ﴿وَلاَحَيَوَانٍ لِيَأْخُذَ لَبَنَهُ، إلا فِي الظِّئْرِ. وَنَقْعُ البِئْرِ يَدْخُلُ تَبَعاً﴾.

هذا المذهب[1]، وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

وأما قوله: «إلا فى الظئر ونقع البئر يدخل تبعا» فتقدم فى الظئر: هل وقع العقد على اللبن، ودخلت الحضانة تبعاً، أو عكسه؟ فى أول الباب.

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله: جواز إجارة قناة ماء مدة وماء فائض بركة رأياه، وإجارة حيوان لأجل لبنه، قام به هو أو ربه. فإن قام عليها المستأجر وعلفها: فكاستئجار الشجر. وإن علفها ربها ويأخذ المشترى لبنا مقدرًا: فبيع محض. وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً: فبيع أيضاً. وليس هذا بغرر. ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً. فهو بالمنافع أشبه. فإلحاقه بها أولى. ولأن المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عين من أعيان. وهو ما يحدثه الله من الحب بسقيه وعمله. وكذا مستأجر الشاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله من لبنها بعلفها والقيام عليها. فلا فرق بينهما. والآفات والموانع التى تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن. ولأن الأصل فى العقود الجواز والصحة. قال: وكظئر. انتهى.

---

(١) قاله فى الكافى: (إلا فى الظئر يجوز للرضاع لأن الضرورة تدعو إليها لبقاء الآدمى ولا يقوم غيرها مقامها. أما الحيوان كالبهيمة ليحلبها لاتجوز فيها الإجارة). الكافى (٢/١٧١). المغنى (٦/١٣٣). الشرح (٦/٣٥).

قوله: ﴿وَنَقْعُ الْبِئْرِ يَدْخُلُ تَبْعاً﴾.

هذا المذهب[١] بلا ريب. وعليه الأصحاب.

وقال فى المبهج وغيره: ماء بئر.

وقال فى الفصول: لايستحق بالإجارة. لأنه إنما يملكه بحيازته.

وذكر صاحب المحرر وغيره: إن قلنا يملك الماء: لم يجز مجهولا، وإلا جاز، ويكون على أصل الإباحة.

وقال فى الانتصار، قال أصحابنا: ولو غار ماء دار مؤجرة فلا فسخ. لعدم دخوله فى الإجارة.

وقال فى التبصرة: لايملك عينا. ولا يستحقها بإجارة إلا نقع البئر فى موضع مستأجر، ولبن ظئر يدخلان تبعا.

تنبيه: قال ابن منجا فى شرحه: قول المصنف «يدخل تبعاً» يحتمل أنه عائد إلى نقع البئر. لأنه أفرد الضمير. ويحتمل أنه عائد إلى الظئر ونقع البئر. وبه صرح غيره. قال: إلا فى الظئر ونقع البئر. فإنهما يدخلان تبعًا. انتهى.

قلت: ممن صرح بذلك: صاحب المستوعب. فإنه قال ولايستحق بعقد الإجارة عين إلا فى موضعين: لبن الظئر ونقع البئر. فإنهما يدخلان تبعاً. انتهى.

وكذا صاحب التبصرة لعدم ضبطه. انتهى.

وقال فى الرعاية الكبرى: وقع العقد على المرضعة واللبن تبع، يستحق إتلافه بالرضاع.

وقاله القاضى فى الخصال. وصححه ابن عقيل فى الفصول. وقدمه فى الشرح[٢]، وشرح ابن رزين، كما تقدم فى الظئر.

فعلى الاحتمال: تكون الإجارة وقعت على اللبن. وعلى الثانى: يدخل اللبن تبعا وهما قولان تقدما.

فائدة: ومما يدخل تبعاً: حبر الناسخ، وخيوط الخياط، وكحل الكحال، ومرهم

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (يجوز استئجار البئر ليستقى منه أياما معلومة ودلاء معلومة لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه فأما الماء فيؤخذ على أصل الإباحه) الشرح (٦/٣٥).

(٢) ذكره فى الشرح (٦/١٤).

الطبيب، وصبغ الصباغ ونحوه. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الرعايتين. وجزم به فى الحاوى الصغير فى الحبر، والخيوط. وأطلق وجهين فى الصبغ.

قال فى الفروع: ومن اكترى لنسخ أو خياطة أو كحل ونحوه: لزمه حبر وخيوط وكحل.

وقيل: يلزم ذلك المستأجر.

وقيل: يتبع فى ذلك العرف.

قال الزركشى: يجوز اشتراط الكحل من الطبيب على الأصح لا الدواء اعتماداً على العرف. وقطع بهذا فى المغنى[1]، والشرح[2].

قوله: ﴿الثَّانِي: مَعْرِفَةُ العَيْنِ بِرُؤْيَةٍ أَوْ صِفَةٍ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب.

قال المصنف والشارح: هذا المذهب والمشهور. وصححه فى التصحيح، والنظم، والهداية، والمذهب، والمستوعب، وغيرهم. وجزم به فى الوجيز، والخلاصة، وغيرهما. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير وغيرهم.

﴿وَفِي الآخَرِ. يجوز. بِدُونِهِ وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ﴾.

واعلم أن الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى البيع على ما تقدم.

قوله: ﴿وَلا يَجُوزُ إجَارَةُ المشَاعِ مُفْرَداً لِغَيْرِ شَرِيكِهِ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال المصنف فى المغنى[3]: قال أصحابنا: وَلاَ يَجُوزُ إجَارَةُ المشَاعِ لِغَيْرِ الشَّرِيكِ إلا أن يؤجرا لشريكان معاً. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

قال فى الفائق: ولايصح إجارة مشاع مفرداً لغير شريك أو معه إلا بإذن.

---

(١) ذكر فى المغنى فقال: (ابن أبى موسى لابأس بمشارطة الطبيب على البرء لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء. والصحيح إن شاء الله: أن هذا يجوز لكن يكون جعالة لا إجارة) المغنى (١٢٣/٦). ثم ذكر فى استئجار الطبيب للدواء أن لايشارطه لأن ذلك إنما جاز فى الكحال لأنه على خلاف الأصل) المغنى (١٢٥/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح(٧٠/٦).

(٣) ذكره صاحب المغنى بنصه: فقال: (لأنه لايقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له على مال شريكه). المغنى (١٣٧/٦).

قال فى الرعاية: لا يصح إلا لشريكه بالباقى، أو معه لثالث. انتهى.

وعنه: ﴿مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ﴾.

اختاره أبو حفص العكبرى، وأبو الخطاب، وصاحب الفائق، والحافظ بن عبد الهادى فى حواشيه. وقدمه فى التبصرة. وهو الصواب.

وفى طريقة بعض الأصحاب. ويتخرج لنا من عدم إجارة المشاع: أن لايصح رهنه، وكذا هبته. ويتوجه وقفه. قال: والصحيح هنا صحة رهنه وإجارته وهبته.

قال فى الفروع: وهذا التخريج خلاف نص الإمام أحمد فى رواية سندى: يجوز بيع المشاع ورهنه، ولا يجوز أن يؤجر. لأن الإجارة للمنافع، ولايقدر على الانتفاع.

فائدتان

إحداهما: هل إجارة حيوان ودار لاثنين وهما لواحد مثل إجارة المشاع، أو يصح هنا، وإن منعنا فى المشاع؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع. وجعلهما فى المغنى(١) والشرح(٢) وغيرهما مثله. وجزم به فى الوجيز.

وقيل: يصح هنا، وإن منعنا الصحة فى المشاع.

الثانية: قوله: ﴿فَلاَ تَجُوزُ إِجَارَةُ بَهِيمَةٍ زَمِنَةٍ لِلْحَمْلِ، وَلاَ أَرْضٍ لاَتُنْبِتُ لِلزَّرْعِ﴾.

قال فى الموجز: ولاحمام لحمل الكتب؛ لتعذيبه. وفيه احتمال يصح. ذكره فى التبصرة.

قال فى الفروع: وهو أولى.

قوله: ﴿ الخَامِسُ: كَوْنُ الْمَنفَعَةِ مَمْلُوكَةً لِلْمُؤَجِّرِ، أَوْ مَأْذُوناً لَهُ فِيهَا﴾.

وهذا المذهب(٣). وعليه جماهير الأصحاب. ويحتمل الجواز. ويقف على إجازة المالك. بناء على جواز بيع مال الغير بغير إذنه، على ما تقدم فى تصرف الفضولى فى كتاب البيع.

---

(١) قال فى المغنى: (وإن أجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها فكذلك أى حكم المشاع لأنه لايمكنه تسليم نصيب كل واحد منها إليه).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى – انظر المغنى (١٣٧/٦)والشرح (٣٨/٦).

(٣) ذكره فى الشرح فقال: (لأنه تصرف فيما لا يملكه ولا أذن فيه مالكه فلم يجز كبيعه ويحتمل أن يجوز ويقف على إجازة المالك بناء على بيع العقد بغير إذن مالكها). الشرح (٤٠/٦).

قوله: ﴿فَيَجُوزُ لِلْمُسْتَأجِرِ إجَارَةُ العَيْنِ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ. وَيَجُوزُ لِلْمُؤَجِّرِ وَغَيْرِهِ بِمِثْلِ الأجرة وزيادةٍ﴾.

هذا المذهب[١]. وعليه الأصحاب.

قال الزركشي: هذا المذهب عند الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وعنه: لاتجوز إجارتها. ذكرها القاضى.

وعنه: لا تجوز إلا بإذنه.

وعنه: لا تجوز بزيادة إلا بإذنه.

وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة، وإلا فلا. فإن فعل تصدق بها. قاله فى الرعاية وغيره.

فائدة: قال فى التلخيص، فى أول الغصب: ليس لمستأجر الحر أن يؤجره من آخر إذا قلنا: لا تثبت يد غيره عليه، وإنما هو يسلم نفسه. وإن قلنا: تثبت صح. انتهى.

قلت: فعلى الأول: يعايى بها، ويستثنى من كلام من أطلق.

تنبيهان

أحدهما: الذى ينبغى أن تقيد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها بما إذا لم يكن حيلة. فإن كان حيلة لم يجز قولا واحداً. ولعله مراد الأصحاب. وهى شبيهة بمسألة العينة وعكسها.

الثانى: ظاهر كلام المصنف: جواز إجارتها، سواء كان قبضها أولا. وهو صحيح. وهو المذهب على ما اصطلحناه. وقدمه فى الفروع.

وقيل: ليس له ذلك قبل قبضها. جزم به فى الوجيز.

وقيل: تجوز إجارتها للمؤجر دون غيره. قدمه فى الرعايتين، والحاوى وصححوا فى غير المؤجر أنه لايصح، وأطلقهن فى المغنى[٢]، والشرح[٣]. وقالا: أصل الوجهين: بيع الطعام قبل قبضه، هل يصح من بائعه أم لا؟ على ما تقدم. والمذهب عدم الجواز هناك. فكذا هنا. فيكون ما قاله فى الوجيز، والمذهب، وظاهر كلامه فى الفروع:

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها بجاز العقد عليه كبيع الثمرة على الشجرة) الشرح (٤٠/٦). والمغنى (٥٣/٦). والكافى (١٨٣/٢).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه (٥٤/٦).

(٣) ذكره فى الشرح بنصه وتمامه (٤١/٦).

عدم البناء. والصواب البناء. وهو أظهر. وليست شبيهة ببيع الطعام قبل قبضه فيما يظهر، بل ببيع العقار قبل قبضه.

قوله: ﴿وَلِلْمُسْتَعِيرِ إجَارَتُهَا إذَا أَذِنَ لَهُ المعِيرُ مُدَّةً بِعَيْنِهَا﴾.

يعنى: أذن له فى إجارتها. وجزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[1]، والشرح[2]، والتلخيص، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وقال فى الرعاية الكبرى: ولايصح إيجار معار.

وقيل: إلا أن يأذن ربه فى مدة معلومة.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ إجَارَةُ الْوَقْفِ.فَإنْ مَاتَ المؤَجّرُ فَانْتَقَلَ إلَى مَنْ بَعْدَهُ: لَمْ تَنْفَسِخ الإجَارَةُ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والمغنى[3] والكافى[4]، والتلخيص، والبلغة، والشرح[5]، وشرح ابن منجا، والفائق، والزركشى، وتجريد العناية.

أحدهما: لاتنفسخ بموت المؤجر. وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة كما لو عزل الولى، وناظر الوقف، وكملكه المطلق. قاله المصنف وغيره. صححه فى التصحيح، والنظم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين.

قال القاضى فى المجرد: هذا قياس المذهب.

---

(١) ذكره فى المغنى فى باب العارية فقال: (وصرح بجواز ذلك لأن الحق لمالكه وقد أذن لـه فجاز) المغنى (٣٦٢/٥).

(٢) ذكره فى الشرح: (لأنه لو أذن له فى بيعها جاز فكذلك إذا أذن له فى إجارتها ولأن الحق له فجاز بإذنه ولابد من تعيين المدة فى الإذن لأن الإجارة عقد لازم لا تجوز إلا مدة معينة) الشرح (٤٣/٦).

(٣) ذكر الإطلاق فى المغنى (فقال: ففيه وجهان. أحدهما: لا تنفسخ الإجارة لأنه أجر ملكه فى زمن ولايته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه الطلق. والثانى. تنفسخ الإجارة فيما بقى من المدة لأنا تبينا أنه أجر ملكه وملك غيره فصح فى ملكه دون ملك غيره كما لو أجر دارين أحدهما له والإخرى لغيره) انظر المغنى (٤٤/٦).

(٤) ذكر فى الكافى الإطلاق: (ففيه وجهان. أحدهما: لاتبطل لأنه أجر ماله إجارته شرعا فلم تبطل بموته كما لو أجر ملكه ولكن يرجع البطن الثانى فى شركة المؤجر بأجر المدة الباقية إن كان قبضها لأن المنافع لهم فاستحقوا أجرتها). والثانى تبطل فيما بقى من المدة لأنا تبينا؟ أجر ملكه وملك غيره فإن المنافع بعد موته لغيره بخلاف المالك) الكافى (١٧٩/٢).

(٥) ذكر الإطلاق فى الشرح أيضًا كما فى المغنى. الشرح (٤٣/٦).

والوجه الثانى: تنفسخ. جزم به القاضى فى خلافه، وأبو الحسين أيضًا. وحكياه عن أبى إسحاق بن شاقلا. واختاره ابن عقيل، وابن عبدوس فى تذكرته، والشيخ تقى الدين وغيرهم.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: هذا أصح الوجهين.

قال القاضى: هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية صالح.

قال ابن رجب فى قواعده: وهو المذهب الصحيح. لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقيا عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى. وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

قلت: وهو الصواب. وهو المذهب. قال الناظم:

ولو قيل: إن يؤجره ذو نظر من المحبس   لم يفسخ فقط لم أبعد

وقيل: تبطل الإجارة. وهو تخريج للمصنف فى المغنى من تفريق الصفقة.

قال فى القاعدة السادسة والثلاثين: لكن الأجرة إن كانت مقسطة على أشهر مدة الإجارة أو أعوامها، فهى صفقات متعددة على أصح الوجهين. فلا تبطل جميعها ببطلان بعضها. وإن لم تكن مقسطة فهى صفقة واحدة. فيطرد فيها الخلاف المذكور. انتهى.

وقال فى الفائق، قلت: وتخرج الصحة بعد الموت موقوفة، لا لازمة، وهو المختار. انتهى.

تنبيهان

أحدهما: قال فى الفروع: ويتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه.

الثانى: قال العلامة ابن رجب فى قواعده: اعلم أن فى ثبوت الوجه الأول نظرًا. لأن القاضى إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه، لكون النظر له مشروطا وهذا محل تردد. أعنى: إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له، هل يلحق بالناظر العام، فلا ينفسخ بموته أم لا؟ فإن من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام. انتهى.

الثالث: محل الخلاف المتقدم: إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق.

فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام، ومن شرط له، وكان أجنبيا: لم تنفسخ الإجارة بموته. قولا واحداً. قاله المصنف، والشارح، والشيخ تقى الدين، والشيخ زين الدين بن رجب وغيرهم.

وقال ابن رجب: أما إذا شرطه للموقوف عليه، أو أتى بلفظ يدل على ذلك، فأفتى بعض المتأخرين بإلحاقه بالحاكم ونحوه، وأنه لاينفسخ. قولا واحداً. وأدخله ابن حمدان فى الخلاف.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: وهو الأشبه.

الرابع: محل الخلاف أيضًا عند ابن حمدان فى رعايتيه وغيره: إذا أجره مدة يعيش فيها غالبا. فأما إن أجره مدة لايعيش فيها غالبا: فإنها تنفسخ قولا واحدا، وما هو ببعيد.

فعلى الوجه الأول، من أصل المسألة: يستحق البطن الثانى حصته من الأجرة من تركة المؤجر إن كان قبضها، وإن لم يمكن قبضها فعلى المستأجرة.

وعلى الوجه الثانى: يرجع المستأجر على ورثة المؤجر القابض.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: إن كان قبضها المؤجر رجع بذلك فى تركته فإن لم تكن تركة، فأفتى بعض أصحابنا بأنه إذا كان الموقوف عليه هو الناظر فمات فللبطن الثانى فسخ الإجارة، والرجوع بالأجرة على من هو فى يده. انتهى.

وقال أيضًا: والذى يتوجه أولا: أنه لايجوز سلف الأجرة للموقوف عليه. لأنه لايستحق المنفعة المستقبلة، ولا الأجرة عليها. فالتسليف لهم قبض ما لا يستحقونه، بخلاف المالك. وعلى هذا: فللبطن الثانى أن يطالبوا بالأجرة المستأجر لأنه لم يكن له التسليف ، ولهم أن يطالبوا الناظر. انتهى.

فائدة: قال ابن رجب - بعد ذكر هذه المسألة: وهكذا حكم المقطع إذا أجر إقطاعه ثم انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع آخر.

قوله: ﴿وَإِنْ أَجَرَ الْوَلِيُّ الْيَتِيمِ، أَوْ أَجَّرَ مَالَهُ، أَوْ السَّيِّدُ الْعَبْدَ. ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ وَعَتَقَ الْعَبْدُ: لَمْ تَنْفَسِخِ الإِجَارَةُ﴾.

هذا المذهب(١). وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم. منهم: صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم. ذكروه فى باب الحجر.

ويحتمل أن ينفسخ. وهو وجه فى الصبى، وتخريج فى العبد من الصبى.

قال فى القاعدة الرابعة والثلاثين: وعند الشيخ تنفسخ، إلا أن يستثنيها فى العتيق.

---

(١) ذكره فى الشرح. (لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه). الشرح (٦/٤٤). المغنى (٦/٤٤).

فإن له استثناء منافعه بالشروط. والاستثناء الحكمى أقوى، بخلاف الصبى إذا بلغ ورشد. فإن الولى تنقطع ولايته عنه بالكلية.

فعلى المذهب: لايرجع العتيق على سيده بشىء من الأجرة، على الصحيح من المذهب.

وقيل: يرجع بحق ما بقى، كما تلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجره.

قال فى الفروع: ويتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه.

تنبيه: محل الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها. فأما إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها، فإنها تنفسخ على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع. وهو احتمال فى المغنى[(١)] والشرح[(٢)].

وقيل: لاتنفسخ أيضًا.

وقدمه فى القاعدة السادسة والثلاثين. وقال: هذا الأشهر. واختاره القاضى وأصحابه.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وظاهر ما قدمه الشارح.

قلت: ويلحق به العبد إذا علم عتقه فى المدة التى وقعت عليها الإجارة.

ويتصور ذلك بأن يعلق عتقه على صفة توجد فى مدة الإجارة. و لم أره للأصحاب. وهو واضح. ثم رأيته فى الرعاية الكبرى صرح بذلك.

فائدتان

إحداهما: لو وُرِث المأجور، أو اشتُرِى أو اتُّهِب، أو وصى له بالعين، أو أخذ صداقا، أو أخذه الزوج عوضاً عن خلع، أوصلحاً ، أو غير ذلك: فالإجارة بحالها. قطع به فى القاعدة السادسة والثلاثين.

قلت: وقد صرح به المصنف وغيره من الأصحاب، حيث قالوا: ويجوز بيع العين المستأجرة، ولاتنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر.

الثانية: يجوز إجارة الإقطاع كالوقف. قاله الشيخ تقى الدين، وقال: لم يزل

---

(١) ذكر الاحتمال فى المغنى فقال (ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه فى أثنائها مثل أن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة فتبطل فى السادس عشر لأننا نتيقين أنه أجره فيها بعد بلوغه) المغنى (٤٥/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٤/٦).

يؤجر من زمن الصحابة إلى الآن. قال: وما علمت أحداً من علماء الإسلام - الأئمة الأربعة ولا غيرهم - قال: إجارة الإقطاع لاتجوز، حتى حدث فى زماننا. فابتدع القول بعدم الجواز.

واقتصر عليه فى الفروع.

وقال ابن رجب فى القواعد: وأما إجارة إقطاع الاستغلال التى موردها منفعة الأرض دون رقبتها: فلا نقل فيها نعلمه. وكلام القاضى يشعر بالمنع، لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد. هذا منتف فى الإقطاع. انتهى.

فعلى ما قاله الشيخ تقى الدين: لو أجره ثم استحقت الإقطاع لآخر، فذكر فى القواعد: أن حكمه حكم الوقف إذا انتقل إلى بطن ثان، وأن الصحيح تنفسخ

قوله: ﴿وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُدّةِ مَعْلُومَةً﴾.

بلا نزاع[1] فى الجملة.

لكن لو علقها على ما يقع اسمه على شيئين - كالعيد، وجمادى، وربيع - فهل يصح، ويصرف إلى الأول، أو لايصح حتى يعين؟ فيه وجهان.

الأول: اختيار المصنف، وجماعة من الأصحاب.

الثانى: اختيار القاضى.

قلت: وهو الصواب. وأطلقهما الزركشى. وقد تقدم نظير ذلك فى السلم، وأن الصحيح عدم الصحة.

قوله: ﴿يَغْلِبُ عَلَى الظَّنّ بقَاءُ العَيْنِ فِيهاَ، وَإنْ طاَلَتْ﴾.

هذا المذهب[2] المشهور بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: لا يجوز إجارتها أكثر من سنة. قاله ابن حامد، واختاره.

وقيل: تصح ثلاث سنين لاغير.

وقيل: ثلاثين سنة. ذكره القاضى. قال فى الرعاية: نص عليه.

---

(١) ذكره فى الشرح - فقال (إنما أشترط العلم بالمده لأنها هى الضابطه فاشترط معرفتها كعدد المكيلات- فيما بيع بالكيل فإن قدر المدة بسنة مطلقه حمل على السنة الهلالية لأنها المعهودة) الشرح (٤٧/٦). الكافى (١٧٤/٢). والمغنى (٤/٦). والمحرر (٣٥٦/١).

(٢) انظر الشرح (٤٧/٦) والمغنى (٤/٦) والكافى (١٧٤/٢). والمحرر (٣٥٦/١).

وقيل: لاتبلغ ثلاثين سنة.

فائدة: ليس لوكيل مطلق إيجار مدة طويلة، بل العرف، كسنتين ونحوهما. قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله.

قلت: الصواب الجواز إن رأى فى ذلك مصلحة، وتعرف بالقرائن. والذى يظهر: أن الشيخ تقى الدين لا يمنع.

تنبيهات

الأول: قال فى الفروع – بعد حكاية هذه الأقوال – وظاهره: ولو ظن عدم العاقد ولو مدة لايظن فناء الدنيا فيها.

وفى طريقة بعض الأصحاب فى السلم: الشرع يراعى الظاهر. ألا ترى أنه لو اشترط أجلاً تفى به مدته: صح، ولو اشترط مائتين. أو أكثر: لم يصح؟.

الثانى: قوله: ﴿وَلَايُشْتَرَطُ أَنْ يَلِيَ العَقْدَ. فَلَوْ أَجَّرَهُ سَنَةَ خَمْسٍ فِي سَنَةِ أَرْبعٍ: صَحّ، سَوَاءٌ كَانَتِ العَيْنُ مَشْغُولَةً وَقْتَ العَقْدِ أَوْ لَم تَكُنْ(١)﴾.

وسواء كانت مشغولة بإجارة أو غيرها.

ويأتى كلام ابن عقيل وغيره قريباً. وهو صحيح لكن لو كانت مرهونة. ففيه خلاف يأتى بيانه وتصحيحه بعد ذلك.

إذا علمت ذلك، فقال بعض الأصحاب: إذا أجره وكانت العين مشغولة صح إن ظن التسليم عند وجوبه. وقدمه فى الفروع.

وقال فى الرعاية الكبرى: صح إن أمكن تسليمه فى أولها.

وقال المصنف وغيره – فى أثناء بحث لهم – تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه. ولافرق بين كونها مشغولة أولا، كالسلم. فإنه لايشترط وجود القدرة عليه حال العقد.

وقال ابن عقيل فى الفصول، أو الفنون: لايتصرف مالك العقار فى المنافع بإجارة ولا إعارة، إلا بعد انقضاء المدة واستيفاء المنافع المستحقة عليه بعقد الإجارة، لأنه مالم تنقض المدة له حق الاستيفاء، فلا تصح تصرفات المالك فى محبوس بحق، لأنه يتعذر التسليم المنستحق بالعقد. انتهى.

---

(١) ذكره فى الشرح فقال (سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن وكذلك إن أجره شهر رجب في المحرم). الشرح (٦/٤٩). والكافى (٢/١٧٤). والمغنى (٦/٦).

قال فى الفروع: فمراد الأصحاب متفق. وهو أنه يجوز إجارة المؤجر، ويعتبر التسليم وقت وجوبه. انتهى.

الثالث: ظاهر كلام ابن عقيل السابق: أنه لايجوز إجارة العين إذا كانت مشغولة(١).

وقد قال فى الفائق: ظاهر كلام أصحابنا: عدم صحة إجارة المشغول بملك غير المستأجر. وقال شيخنا: يجوز فى أحد القولين، وهو المختار. انتهى.

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله - فيمن استأجر أرضًا من جندى وغرسها قصبًا. ثم انتقل الإقطاع عن الجندى: إن الجندى الثانى لايلزمه حكم الإجارة الأولى، وأنه إن شاء أن يؤجرها لمن له فيها القصب أو لغيره. انتهى.

قلت: قال شيخنا الشيخ تقى الدين البعلى: ظاهر كلام الأصحاب صحة إجارة المشغول بملك لغير المستأجر من إطلاقهم جواز الإجارة المضافة، فإن عموم كلامهم يشمل المشغولة وقت الفراغ بغراس أو بناء أو غيرهما. انتهى.

وقال فى الفروع: لايجوز للمؤجر إجارة العين المشغولة بغراس الغير أو بنائه إلا بعد فراغ مدة صاحب الغراس والبناء.

وقال أيضًا: لايجوز إجارة لمن يقوم مقام المؤجر كما يفعله بعض الناس.

قال: وأفتى جماعة من أصحابنا وغيرهم فى هذا الزمان أن هذا لايصح. وهو واضح ولم أجد فى كلامهم ما يخالف هذا.

قال: ومن العجب قول بعضهم «فى هذا الزمان» الذى يخطر بباله من كلام أصحابنا: أن هذه الإجارة تصح. كذا قال. انتهى.

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله، فيما حكى عنه فى الاختيارات: ويجوز للمؤجر إجارة العين المؤجرة من غير المستأجر فى مدة الإجارة، ويقوم المستأجر الثانى مقام المالك فى استيفاء الأجرة من المستأجر الأول. وغلط بعض الفقهاء فأفتى فى نحو ذلك بفساد الإجارة الثانية، ظنا منه أن هذا كبيع المبيع، وأنه تصرف فيما لا يملك. وليس كذلك، بل هو تصرف فيما استحقه على المستأجر.

وأما إن كانت مرهونة وقت عقد الإجارة: ففى صحتها وجهان، وأطلقهما فى الفروع.

---

(١) ذكره فى الشرح على أحد الوجهين (وفقال لأنه عقد على ما يمكن تسليمه فى الحال فأشبه إجارة العين المغصوبة). الشرح (٤٩/٦). المغنى (٦/٦).

قال فى الرعاية الكبرى: وإن أجره مدة لاتلى العقد: صح إن أمكن التسليم فى أولها.

ثم قال: قلت: فإن كان ما أجره مرهونا وقت العقد لاوقت التسليم المستحق بالأجرة، احتمل وجهين. انتهى.

قلت: إن غلب على الظن القدرة على التسليم وقت وجوبه صحت، وإلا فلا.

وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وداخل فى عموم كلامهم.

وتقدم فى الرهن أن الراهن والمرتهن إذا اتفقا على إيجار المرهون جاز. وإن اختلفا تعطل، على الصحيح من المذهب.

[وقال فى الكافى(١): وإذا اتفقا على إجارته أو إعارته جاز فى قول الخرقى وأبى الخطاب.

وقال أبو بكر: يجوز إجارته.

وقال ابن أبى موسى: إذا أذن الراهن للمرتهن فى إعارته أو إجارته جاز. والأجرة رهن. وإن أجره الراهن بإذن المرتهن خرج من الرهن فى أحد الوجهين، وفى الآخر: لا يخرج.

تنبيه: محل هذا الخلاف إذا كان الرهن لازماً. أما إن كان غير لازم: فيصح إجارته قولا واحد.

وتقدم فى الرهن هل يدوم لزومه بإجارته أم لا؟](٢).

قوله: ﴿وَإِنْ أَجَّرَهُ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ سَنَةً اسْتَوْفَى شَهْراً بِالعَدَدِ وَسَائِرَهَا بِالأَهِلَّةِ. وَكَذَلِكَ الحكْمُ فِي كُلِّ مَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَشْهُرُ، كَعِدَّةِ الوَفَاةِ، وَشَهْرَى صِيَامِ الكَفَّارَةِ﴾.

وكذا النذر، وكذا مدة الخيار، وغير ذلك. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب، ونص عليه فى النذر، وجزم به فى الوجيز وغيره، وقدمه فى المغنى(٣)، والشرح(٤)، والمحرر، والفروع، والرعايتين، وغيرهم.

---

(١) الكافى – ذكره فى الكافى فقال (وكل ما منع الراهن منه لحق المرتهن إذا أذن فيه جاز له فعله لأن المنع لحقه فجاز بإذنه، ومنه الإجارة) الكافى (٨٣/٢).

(٢) سقط من «ب».

(٣) ذكره فى المغنى (٥/٦).

(٤) ذكره فى الشرح (قال لأنه الأصل). الشرح (٥٠/٦).

وعنه يستوفى الجميع بالعدد.

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى مثل تلك الساعة.

تنبيه: قوله: استوفى شهراً بالعدد.

يعني: ثلاثين يوما. جزم به فى الفروع، وقال: نص عليه فى نذر، وصوم، وجزم به فى الرعاية أيضاً وغيرهما.

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: إنما يعتبر الشهر الأول بحسب تمامه ونقصانه فإن كان تاما كمل تاماً، وإن كان ناقصا كمل ناقصاً.

ويأتى نظير ذلك فى باب الطلاق فى الماضى والمستقبل، عند قوله «وإن قال: إذا مضت سنة فأنت طالق، طلقت إذا مضى اثنا عشر شهراً بالأهلة، ويكمل الشهر الذى حلف فى أثنائه بالعدد».

فائدة: قوله: ﴿الضَّرْبُ الثَّانِي: عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِي الذِّمَّةِ مَضْبُوطَةٍ بِصِفَاتٍ كَالسَّلَم، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ، وَبِنَاءِ دَارٍ، وَحَمْلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ﴾.

هذا صحيح بلا نزاع. ويلزم الشروع فيه عقب العقد. فلو ترك ما يلزمه - قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: بلاعذر - فتلف ضمن بسببه. وله الاستنابة. فإن مرض أو هرب اكترى من يعمل عليه. فإن شرط مباشرته له بنفسه فلا. ولا استنابة إذن.

نقل حرب - فيمن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه، فقطعه ودفعه إلى خياط آخر - قال: لا. إن فعل ضمن.

قال المصنف فى المغنى(١)، والشارح: فإن اختلف القصد، كنسخ كتاب: لم يلزم الأجير أن يقيم مقامه. ولو أقام مقامه لم يلزم المكترى قبوله. فلو تعذر فعل الأجير بمرض أو غيره فله الفسخ.

ويأتى ذلك فى قوله «ومن استؤجر لعمل شيء فمرض».

قوله: ﴿وَلاَ يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ تَقْدِيرِ الْمدَّةِ وَالعَمَلِ. كَقَوْلِهِ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخِيطَ لِي هَذَا الثَّوْبَ فِي هَذَا الْيَوْمِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب وقدموه. ويحتمل أن يصح. وهو رواية، كالجعالة على أصح الوجهين فيها.

---

(١) قال فى المغنى: (لأن الغرض لايحصل من غير الناسخ كحصوله منه فأشبه مالو اسلم إليه فى نوع فسلم إليه غيره). المغنى (٦/٣٤).

قال فى التبصرة: وإن اشترط تعجيل العمل فى أقصى ممكن. فله شرطه. وأطلق الروايتين فى المحرر[١].

فعلى الصحة: لو أتمه قبل فراغ المدة فلا شىء عليه. ولو مضت المدة قبله فله الفسخ. قاله فى الفائق وغيره.

قوله: ﴿وَلاَ يَصِحُّ الإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ﴾.

يعنى: بكونه مسلماً، ولايقع إلا قربةً لفاعله. كالحج، أى النيابة فيه، والعمرة، والأذان ونحوهما. كالإقامة، وإمامة صلاة، وتعليم القرآن.

قال فى الرعاية: والقضاء. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب[٢].

قال ابن منجا وغيره: هذا أصح. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وعنه: يصح كأخذه بلا شرط. نص عليه.

وقال فى الرعاية – قبيل صلاة المريض – ويكره أخذ الأجرة على الإمامة بالناس وعنه: يحرم. انتهى.

واختار ابن شاقلا الصحة فى الحج، لأنه لا يجب على أجير، بخلاف أذان ونحوه.

وذكر فى الوسيلة الصحة عنه، وعن الخرقى. لكن الإمام أحمد رحمه الله، منع الإمامة بلا شرط أيضاً.

وقيل: يصح للحاجة. ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله، واختاره.

وقال: لايصح الإستئجار على القراءة، وإهدائها إلى الميت، لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن فى ذلك.

وقد قال العلماء: إن القارئ إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له، فأى شىء يهدى إلى الميت؟ وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح. والاستئجارعلىمجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة ، وإنما تنازعوا فى الاستئجارعلى التعليم.

والمستحب: أن يأخذ الحاج عن غيره ليحج، لا أن يحج ليأخذ. فمن أحب إبراء

---

(١) ذكره في المحرر فقال (فإن جمعهما فقال استأجرتك لخياطه: هذا الثوب اليوم. فعلى روايتين). المحرر (٣٥٦/١).

(٢) ذكره في المغنى (فقال لأن الأجر عوض لانتفاع ولم يحصل لغيره هنا انتفاع فأشبه إجارة الأعيان التى لانفع فيها) المغنى (١٤٣/٦). والمحرر (٣٥٧/١). وذكره فى الكافى (على أحد الوجهين). الكافى (١٧١/٢). والشرح (٦٣/٦).

ذمة الميت أو رؤية المشاعر يأخذ ليحج. ومثله كل رزق أخذ على عمل صالح، يفرق بين من يقصد الدين فقط، والدنيا وسيلة، وعكسه. فالأشبه: أن عكسه ليس له في الآخرة من خلاق.

قال: وحجه عن غيره ليستفضل ما يوفى دينه: الأفضل تركه. لم يفعله السلف. ويتوجه فعله لحاجة، قاله صاحب الفروع، ونصره بأدلة.

ونقل ابن هانئ: فيمن عليه دين، وليس له ما يحج، أيحج عن غيره ليقضي دينه؟ قال: نعم.

فوائد

الأولى: تعليم الفقه والحديث ملحق بما تقدم، على الصحيح. اختاره القاضي في الخلاف، وابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في المحرر[1]، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

وقيل: يصح هنا، وإن منعنا فيما تقدم. جزم به في الوجيز، وشرح ابن رزين. واختاره المصنف، والشارح، وهو المذهب على المصطلح، وأطلقهما في الفروع.

الثانية: لا بأس بأخذ أجرة على الرقية. نص عليه. قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله، وغيره.

الثالثة: يجوز أخذ الجعالة على ذلك كله، على الصحيح من المذهب. وقطع به جماعة، وقدمه في الفروع وغيره.

قال المصنف: فيه وجهان. وهو ظاهر الترغيب وغيره.

وقال في المنتخب: الجعل في الحج كالأجرة.

الرابعة: يحرم أخذ أجرة وجعالة على ما لايتعدى نفعه. كصوم وصلاة خلفه ونحوهما.

الخامسة: يجوز أخذ الرزق على ما يتعدى نفعه، على الصحيح من المذهب.

وقال ابن عقيل في التذكرة: لايجوز أخذ الرزق على الحج، والغزو، والصلاة، والصيام.

وذكر نحوه القاضي في الخصال، وصاحب التلخيص، وذكره في التعليق.

ونقل صالح، وحنبل: لايعجبني أن يأخذ ما يحج به، إلا أن يتبرع. وتقدم كلام

---

(١) ذكره في المحرر (١/٣٥٧).

الشيخ تقى الدين رحمه الله فيمن أخذ ليحج قريباً.

قوله: ﴿وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْجِمَه: صَحّ﴾.

هذا المذهب[١]. اختاره المصنف، والشارح، وأبو الخطاب، وغيرهم. وجزم به فى الوجيز وغيره، وقدمه فى الفروع، وغيره. وهو من مفردات المذهب.

وعنه: لايصح. اختاره القاضى، والحلوانى.

قال الزركشى: هو قول القاضى، وجمهور أصحابه.

قال فى التلخيص: وهو المنصوص. وقدمه فى المستوعب، والفائق، وأطلقهما فى المذهب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير.

قوله: ﴿وَيُكْرَهُ لِلْحُرِّ أَكلُ أُجْرَتِهِ﴾.

يعنى: على القول بصحة الاستئجار عليه[٢] [إلا إذا أعطى من غير شرط ولا إجارة].

وهذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمحرر[٣]، والوجيز، وغيرهم، وصححه فى المستوعب وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: يحرم مطلقاً. واختار القاضى فى التعليق: أنه يحرم أكله على سيده.

فائدتان

إحداهما: يكره أخذ ما أعطاه بلاشرط، على الصحيح من المذهب، وقدمه فى الفروع.

واختار القاضى وغيره: يطعمه رقيقه وناضحه.

وعنه: يحرم، وجوزه الحلوانى وغيره لغير الحر.

قلت: وهوالصواب.

فعلى المذهب: يحرم أكله على إحدى الروايتين.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه وأجره مباح لما روى ابن عباس قال: احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو علمه حراما لم يعطى. متفق عليه) المغنى (٦/١٢١). المحرر (١/٣٥٧). الشرح (٦/٦٨).

(٢) سقط من «ب».

(٣) ذكره بنصه فى المحرر فقال (ويكره كسب الحجامة للحر دون العبد) المحرر (١/٣٥٧).

قال القاضى: لو أعطى شيئًا من غير عقد، ولاشرط: كان له أخذه، ويصرفه فى علف دوابه، ومئونة صناعته، ولايحل أكله.

قال الزركشى: اختار تحريم أكله القاضى وطائفة من أصحابه، وقدمه ناظم المفردات. وعنه: يكره أكله.

فعلى رواية تحريم أكله: ظاهر كلام القاضى فى التعليق وصاحب التلخيص: تحريمه على الأحرار. وصرح القاضى فى الروايتين: أنه لايحرم على غير الحاجم.

الثانية: يجوز استئجاره لغير الحجامة: كالفصد، وحلق الشعر، وتقصيره، والختان، وقطع شىء من جسده للحاجة إليه. قاله الأصحاب[(١)].

قلت: لو خرج فى الفصد من الحجامة لما كان بعيدًا. وكذلك التشريط كالصوم.

قوله: ﴿وَلِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعِةِ بِنَفْسِهِ وَبِمِثْلِهِ﴾.

يجوز للمستأجر إعارة المأجور لمن يقوم مقامه - من دار، وحانوت، ومركوب وغير ذلك - بشرط أن يكون الراكب الثانى مثل الأول فى الطول والقصر، على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى، وقدمه فى الفروع.

وقيل: لا يشترط ذلك. اختاره المصنف، والشارح.

والصحيح من المذهب: أنه لا تشترط المعرفة بالمركوب.

قال فى الفروع: لا تعتبر المعرفة بالمركوب فى الأصح. وقدمه فى المغنى[(٢)]، والشرح[(٣)]، ونصراه. وقيل: تشترط. اختاره القاضى.

تنبيه: ظاهر قول المصنف «وبمثله» جواز إعارة المأجور لمن يقوم مقامه، ولو شرط المؤجر عليه استيفاء المنفعة بنفسه، وهو الصحيح من المذهب.

قال المصنف، والشارح: قياس قول أصحابنا صحة العقد، وبطلان الشرط. وقدمه فى الفروع، وهو احتمال فى الرعاية.

وقيل: يصح الشرط أيضاً، وهو احتمال المصنف، وقدمه فى الرعاية الكبرى. وقيل: لا يصح العقد.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (للحاجة إليه فهو جائز لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «كسب الحجام خبيث» يعنى الحجامة أما هذه الأمور فمخالفة لها. وتدعو الحاجة إليها ولاتحريم فيها فجازت الإجارة فيها وأخذ الأجر عليها كسائر المنافع المباحة). المغنى (١٢٣/٦) والشرح (٦٩/٦).

(٢) ذكره فى المغنى بتمامه وبنصه. المغنى (٥٢/٦).

(٣) ذكره فى الشرح بتمامه وبنصه الشرح(٧٣/٦).

فائدتان

إحداهما: لو أعار المستأجر العين المأجورة. فتلفت عند المستعير من غير تفريط: لم يضمنها على الصحيح من المذهب.

قال في التلخيص: ولا ضمان على المستعير من المستأجر في الأصح. واقتصر عليه في القواعد الفقهية. وقدمه في الرعاية الكبرى في باب العارية.

وقلت: فيعايى بها، وقيل: يضمنها. وأطلقهما في الفروع.

الثانية: لو اكتراها ليركبها إلى موضع معين، أو يحمل عليها إليه. فأراد العدول إلى مثلها في المسافة والحزونة والأمن، أو التي يعدل إليها أقل ضررًا: جاز على الصحيح من المذهب. اختاره القاضي، وقدمه في الفروع.

قال في الرعاية الصغرى: جاز في الأشهر، وجزم به في الحاوي الصغير.

وقال المصنف: لايجوز.

وإن سلك أبعد منه أو أشق فأجرة المثل. قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

وقيل: المسمى وأجرة الزائد والمشقة.

قال الشارح: وهو قياس المنصوص.

قوله: ﴿وَلاَ يَجُوزُ بِمَنْ هُوَ أَكْبَرُ ضَرَرًا مِنْهُ، وَلاَ بِمَنْ يُخَالِفُ ضَرَرُهُ ضَرَرَهُ﴾.

بلا نزاع في الجملة.

تنبيه: قوله: ﴿وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ وَمَا دُونَهَا فِي الضَّرَرِ مِنْ جِنْسِهَا. فَإِذَا اكْتَرَى لِزَرْعِ حِنْطَةٍ. فَلَهُ زَرْعُ الشَّعِيرِ وَنَحْوِهِ. وَلَيْسَ لَهُ زَرْعُ الدُّخْنِ وَنَحْوِهِ، وَلاَيَمْلِكُ الغَرْسَ وَلاَ البِنَاءَ﴾.

فإن فعل لزمه أجرة المثل، وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر، وإن اكتراها للغرس ملك الزرع. وهذا المذهب(١).

وقال في الرعاية: وإن اكتراها لغرس أو بناء لم يملك الآخر. فإن فعل فأجرة المثل.

---

(١) ذكره في الشرح فقال: (إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرا فحمل عليها حنطة فلا بأس إذا كان الوزن واحداً فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضررا أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر لم يجز لأنه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه و بالنسبه للأرض فالعقد اقتضى إباحة الشيئين فصح كما لو قال: لتزرعها ما شئت ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين) الشرح (٦/٧٥). والمغني (٦/٥٦). المحرر (٦/٣٥٧).

وله الزرع بالمسمى.

وقيل: لازرع له مع البناء.

فائدة: لو قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها: لم يصح. قطع به كثير من الأصحاب[١]. لأنه لم يعين أحدهما. منهم المصنف، والشارح.

وقال فى الرعاية الكبرى: وإن قال لتزرع أو تغرس ما شئت، زرع أو غرس ماشاء.

وقيل: لايصح للتردد. انتهى.

وإن قال: لتزرعها ما شئت، وتغرسها ما شئت صح. قطع به المصنف[٢]، والشارح ونصراه، وقالا: له أن يزرعها كلها، وأن يغرسها كلها.

وقال فى الرعاية الكبرى: وإن قال: لتزرع، وتغرس ما شئت، ولم يبين قدر كل منهما: لم يصح.

وقيل: يصح. وله ما شاء منهما. انتهى.

وإن قال: لتنتفع بها ما شئت. فله الزرع والغرس والبناء كيف شاء. قاله فى الرعاية الكبرى وغيره، واختاره الشيخ تقى الدين كما تقدم.

وتقدم إذا قال: إن زرعتها كذا فبكذا، وإن زرعتها كذا فبكذا. عند قوله: «إن خطته روميا فبكذا، وإن خطته فارسيًا فبكذا».

وتقدم بعض أحكام الزرع، والغرس، والبناء فى الباب عند قوله«وإجارة أرض معينة: لزرع كذا أو غرس، أو بناء معلوم» فليعاود. فإن عادة المصنفين ذكره هنا.

قوله: ﴿فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْه أُجْرَةُ المِثْلِ﴾.

يعنى: إذا فعل ما لايجوز فعله من زرع، وبناء، وغرس، وركوب، وحمل، ونحوه. فقطع المصنف: أن عليه أجرة المثل. يعنى للجميع. وهو اختيار أبى بكر قاله القاضى.

واختاره أيضاً ابن عقيل، والمصنف، والشارح، وجزم به فى العمدة[٣]،

---

(١) قاله فى المغنى: (لأنه لم يعين أحدهما فأشبه ما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين). المغنى (٥٨/٦). وكذلك الشرح (٧٥/٦).

(٢) ذكره فى الشرح فقال (لأن العقد اقتضى إباحة الشيئين فصح ولأنها اذن فى نوعين وأنواع وقد صح). الشرح (٧٥/٦). والمغنى (٥٨/٦).

(٣) العمده (٢٦٩).

والشرح[١]، وشرح ابن منجا، وقدمه فى الفائق.

والصحيح من المذهب: أنه يلزمه المسمى، مع تفاوتهما فى أجرة المثل. نص عليه. وجزم به فى الوجيز، وقدمه فى الفروع، والمحرر[٢]. وهو قول الخرقى، والقاضى، وغيرهما.

وكلام أبى بكر فى التنبيه موافق لهذا. قاله فى القواعد.

وقال فى الرعاية الكبرى: وإن أجرَّها للزرع، فغرس أو بنى: لزمه أجرة المثل، وإن أجرها لغرس أو بناء لم يملك الآخر، فإن فعل فأجرة المثل.

وإن أجرها لزرع شعير لم يزرع دخنا. فإن فعل غرم أجرة المثل للكل.

وقيل: بل المسمى، وأجرة المثل لزيادة ضرر الأرض.

وقيل: هو كغاصب، وكذا لو أجرها لزرع قمح فزرع ذرة ودخنا. انتهى. ذكره متفرقا.

واستثنى المصنف - وتبعه الشارح، واقتصر عليه الزركشى - من محل الخلاف: لو اكترى لحمل حديد. فحمل قطنا، أو عكسه: أنه يلزمه أجرة المثل بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِحُمُولَةِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ، أَوْ إِلَى مَوْضِعٍ، فجاوَزَهُ. فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ المذْكُورَةُ، وَأُجْرَةُ المِثْلِ لِلزَّائِدِ﴾.

ذكره الخرقى. وهو المذهب. جزم به فى المحرر[٣]، والعمدة[٤]، وتجريد العناية. وقطع به الأصحاب فى الثانية.

وقدمه فى المغنى[٥]، والشرح[٦]، والفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع. جزم به فى الوجيز.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن أبا بكر قاله فى المسألتين، أعنى: إذا اكتراها لحمولة

---

(١) قاله فى الشرح: (لأنه استوفى منفعة غير التى عقد عليها لايجوز له استيفاؤها فلزمه أجر المثل كالغاصب) الشرح (٨٣/٦).

(٢) نص عليه فى المحرر (٣٥٨/١).

(٣) ذكره فى المحرر (٣٥٨/١).

(٤) انظر العمدة (٢٦٩).

(٥) قدمه على أحد الوجهين فى المغنى وقال (المنصوص عن أحمد أن له أجر المثل وزيادة). والمغنى (٨٣/٦).

(٦) ذكره فى الشرح (٨٣/٦). كما فى المغنى.

شيء فزاد عليه، أو إلى موضع فجاوزه.

والذى نقله القاضى عن أبى بكر، ونقله الأصحاب - منهم: المصنف فى المغنى[١]. والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم - إنما هو فى مسألة من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه فقط.

فلذلك قال الزركشى: ولا عبرة بما أوهمه كلام أبى محمد فى المقنع من وجوب أجرة المثل على قول أبى بكر فيما إذا اكترى لموضع فجاوزه، ولا ما اقتضاه كلام ابن حمدان من وجوب ما بين القيمتين على قول، وأجرة المثل على قول آخر. فإن القاضى قال: لايختلف أصحابنا فى ذلك، وقد نص عليه الإمام أحمد. انتهى.

والذى يظهر: أن المصنف تابع أبا الخطاب فى الهداية. فإنه ذكر كلام أبى بكر بعد المسألتين، إلا إن كلامه فى الهداية أوضح. فإنه ذكر مسألة أبى بكر أخيرًا، والمصنف ذكرها أولا. فحصل الإيهام.

وقال المصنف فى المغنى[٢]، والشارح: وحكى القاضى أن قول أبى بكر فى مسألة من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه: وجوب أجرالمثل فى الجميع، وأخذه من قوله: - فيمن استأجر أرضًا ليزرعها شعيرًا فزرعها حنطة - فقال: «عليه أجرة المثل للجميع؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره. فأشبه مالو استأجر أرضًا بزرع أخرى».

قالا: فجمع القاضى بين مسألة الخرقى ومسألة أبى بكر.

وقالا: ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى، لتساويهما فى أن الزيادة لاتتميز فيكون فى المسألة وجهان.

قالا: وليس الأمر كذلك. فإن بين المسالتين فرقًا ظاهرًا، وذكراه. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ قِيمَتَهَا﴾.

قال المصنف: ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت به، سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن.

وقطع به فى المستوعب، والحاوى، والشرح[٣] وغيرهم.

قال فى الفروع: ويلزمه قيمة الدابة إن تلفت.

---

(١) نقله فى المغنى عن أبى بكر. المغنى (٨٣/٦).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٨٢/٦).

(٣) ذكره فى الشرح نقلا عن كلام الخرقى والفقهاء السبعة. الشرح (٨٧/٦).

قال الزركشي: لما قال الخرقي: وإن تلفت فعليه أيضاً ضمانها، يعني: إذا تلفت في مدة المجاوزة.

قال في الوجيز: وإن تلفت ضمن قيمتها بعد تجاوز المسافة.

قال في الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم: وإن تلفت في حال زيادة الطريق، فعليه كمال قيمتها.

وقال القاضي: إن كان المكترى نزل عنها، وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت: فلا ضمان على المكترى.

وقال المصنف أيضًا: إذا تلفت في حال التعدى، ولم يكن صاحبها مع راكبها: فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها، وكذا إذا تلفت تحت الراكب، أو تحت حمله وصاحبها معها.

فأما إن تلفت في يد صاحبها، بعد نزول الراكب عنها. فإن كان بسبب تعبها بالحمل والسير: فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب. وإن تلفت بسبب آخر. فلا ضمان فيها، وقطع به في الفروع وغيره.

قال في القاعدة الثامنه والعشرين: ضمنها بكمال القيمة. ونص عليه في الزيادة على المدة.

وخرج الأصحاب وجهاً بضمان النصف من مسألة الحد.

قوله: ﴿إِلاّ أَنْ تَكُونَ فِي يَدِ صَاحِبِهَا. فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهما احتمالان مطلقان في الهداية. وأطلقهما في المذهب، والمستوعب، ومسبوك الذهب.

أحدهما: يضمن قيمتها كلها، وهو المذهب، وهو ظاهر كلام الخرقي، والقاضي في التعليق، والشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وابن البنا، والمجد.

وقال أبو المعالي في النهاية: هذا المذهب. وجزم به في الوجيز، والمجرد للقاضي. وقدمه في الخلاصة، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، والشرح[(١)].

والوجه الثاني: يضمن نصف قيمتها فقط.

---

(١) ذكره في الشرح بنصه. (٨٨/٦).

وقال فى التلخيص: إن تلفت بفعل الله: لم يضمن. وإن تلفت بالحمل: ففى تكميل الضمان وتنصيفه وجهان.

واختار فى الرعاية: أنه إن زاد فى الحمل: ضمن نصفها مطلقاً، وإن زاد فى المسافة: ضمن الكل إن تلفت حال الزيادة، وإلا هدر.

وعن القاضى فى الشرح الصغير: لاضمان عليه ألبتة.

وقال القاضى أيضًا: إن كان المكترى نزل عنها، وسلمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها. فتلفت: لم يضمن. وإن هلكت، والمكترى راكبها، أوحمله عليه: ضمنها.

ووافقه فى المغنى(١)، والفروع على ذلك، إلا أنهما استثنيا ما إذا تلفت فى يد مالكها بسبب تعبها من الحمل والسير كما تقدم.

قال فى التصحيح: يضمن نصف قيمتها فى أحد الوجهين. وفى الآخر: يضمن جميع قيمتها. وهو الصحيح إذا تلفت بسبب تعبها بالحمل والسير.

ويأتى نظير ذلك إذا زاد سوطا على الحد، ومسائل أخرى هناك. فليراجع فى أوائل كتاب الحدود.

تنبيه: دخل فى قوله: ﴿إِذَا اكْتَرَاهَا لُحِمُولَةِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ﴾.

لو اكتراها ليركبها وحده فركبها معه آخر. فتلفت، وصرح به فى القواعد.

قوله: ﴿وَيَلْزَمُ الْمؤجّرَ كُلّ مَا يَتَمَكّنُ به مِنَ النّفْعِ، كَزِمَامِ الْجَمَلِ وَرَحْلِهِ وَحِزَامِهِ، وَالشّدّ عَلَيْهِ ، وَشَدّ الأَحْمَالِ والمَحَامِلِ وَالرّفعِ وَالْحطّ﴾.

وكذلك كل ما يتوقف النفع عليه. كتوطئة مركوب عادة، والقائد والسائق وهذا كله بلا نزاع فى الجملة.

ولا يلزم المؤجر المحمل والمظلة والوطاء فوق الرحل وحبل قران بين المحملين.

قال فى الترغيب: وعدل لقماش على مكرٍ إن كانت فى الذمة.

وقال المصنف، والشارح: إنما يلزم المكرى ما تقدم ذكره إذا كان الكراء على أن يذهب معه المكترى، فأما إن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه: فكل ذلك عليه. انتهى.

---

(١) ذكر الاستثناء صاحب المغنى فقال: (فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب) المغنى (٦/٨٠).

قلت: الأولى أن يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة. ولعله مرادهم.

فائدة: أجرة الدليل على المكترى، على الصحيح. قدمه فى المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع.

وقيل: إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكترى، وإن كانت الإجارة على حمله إلى مكان معين فى الذمة، فهى على المكرى، وجزم به فى عيون المسائل، لأنه التزم أن يوصله، وجزم به فى الرعاية الكبرى أيضًا.

قلت: ينبغى[(٣)] [أيضًا] أن يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة.

تنبيه: مفهوم قوله: ﴿وَلُزُومُ البَعِيرِ لِيَنْزِلَ لِصَلَاةِ الفَرْضِ﴾.

أنه لايلزمه ذلك لينزل لسنة راتبة، وهو صحيح، وهو المذهب، جزم به فى المغنى[(٤)]، والشرح[(٥)]، والفائق وغيرهم، وقدمه فى الفروع وغيره.

وقال جماعة من الأصحاب: يلزمه أيضًا.

فوائد

الأولى: يلزم المؤجر أيضًا. لزوم البعير إذا عرضت للمستأجر حاجة لنزوله وتبريك البعير للشيخ الضعيف، والمرأة والسمين، وشبههم لركوبهم ونزولهم، ويلزمه ذلك أيضًا لمرض طال: على الصحيح من المذهب، جزم به فى المغنى[(٦)]، والشرح[(٧)]، والرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين.

وقيل: لايلزمه، وأطلقهما فى الفروع.

الثانية: لايلزم الراكب الضعيف والمرأة المشى المعتاد عند قرب المنزل.

وهل يلزم غيرهما؟ فيه وجهان، وأطلقهما فى المغنى[(٨)]، والشرح[(٩)]، والفروع.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال (فأما الدليل فهو على المكترى لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة آلتها فلم يلزمه كالزاد) المغنى (٦/٩٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (٦/٩٠).

(٣) سقط من(ب)

(٤) ذكره فى المغنى (٦/٩٦).

(٥) ذكره أيضًا فى الشرح (٦/٩٠).

(٦) ذكره فى المغنى (٦/٩٥).

(٧) ذكره فى الشرح (٦/٩٠).

(٨) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: أحدهما: – لا يلزمه النزول أيضًا لأنه عقد على جميع الطريق فلا يلزمه تركه فى بعضها كالضعيف. الثانى:– يلزمه لأنه متعارف والمتعارف كالمشروط) (المغنى ٦/٩٦).

(٩) ذكر الوجهين أيضاً فى الشرح (٦/٩١).

أحدهما: لايلزمه. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وقدمه ابن رزين في شرحه، وهو الصواب. لكن المروءة تقتضى فعل ذلك.

والثاني: يلزمه.

قال فى الرعاية الكبرى: وإن جرت العادة بالنزول فيه، والمشي: لزم الراكب القوى فى الأقيس.

قلت: ويتوجه أن يرجع فى ذلك إلى العرف.

الثالثة: لو اكترى جملاً ليحج عليه. فله الركوب إلى مكة ومن مكة إلى عرفة، والخروج عليه إلى منى ليالى منى لرمى الجمار. قاله المصنف، والشارح، وقدماه، وقالا الأولى: أن له ذلك. وقدمه ابن رزين فى شرحه، وقيل: ليس له الركوب إلى منى. لأنه بعد التحلل من الحج، وأطلقهما فى الرعاية.

وأما إن اكترى إلى مكة فقط. فليس له الركوب إلى الحج على الصحيح من المذهب، لأنها زيادة. على الصحيح من المذهب، لما قدمه فى المغنى[1]، والشرح[2]، وشرح ابن رزين.

وتقدم فى أول الباب: اشتراط ذكر المركوب، والراكب، والمحمول، وأحكام ذلك. فليراجع.

الرابعة: قوله: ﴿فَأَمَّا تَفْرِيغُ البَالُوعَةِ والكَنِيفِ: فَيَلْزَمُ المسْتَأْجِرَ إذَا تَسَلَّمَهَا فَارِغَةً﴾. بلا نزاع.

قلت: يتوجه أن يرجع فى ذلك إلى العرف.

وكذا تفريغ الدار من القمامة والزبل ونحوهما، ويلزم المكرى تسليمها منظفة، وتسليم المفتاح، وهو أمانة مع المستأجر.

وعلى المستأجر: البكرة، والحبل، والدلو.

قوله: ﴿وَالإِجَارَةُ عَقْدٌ لاَزِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ. لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا، وَإِنْ بَدَا لَهُ قَبْلَ تَقَضّى الْمُدَّةِ، فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ﴾.

الإجارة عقد لازم يقتضى تمليك المؤجر الأجرة، والمستأجر المنافع. فإذا فسخها

---

(١) قدمه فعلاً فى المغنى (٦/٩٤).

(٢) قدمه أيضاً فى الشرح (٦/٩٧).

المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنفسخ، ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها في حال كون يد المستأجر عليها.

فإن تصرف فيها قبل انقضاء المدة، مثل أن يسكن المالك الدار، أو يؤجرها لغيره: لم تنفسخ الإجارة. على الصحيح من المذهب، وعلى المستأجر جميع الأجرة، وله على المالك أجرة المثل لما سكن أو تصرف فيه.

قلت: وهو الصواب. وإليه ميل المصنف، والشارح.

فعلى هذا: إن كانت أجرة المثل الواجبة على المالك بقدر الأجرة المسماة في العقد: لم يجب على المستأجر شيء، وإن فضلت منه فضلة لزمت المالك للمستأجر ويحتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك، وهما احتمالان مطلقان في المغني[1]، والشرح[2]، والزركشي.

وأما إذا تصرف المالك قبل تسليمها، أو امتنع منه حتى انقضت المدة: فإن الإجارة تنفسخ وجهًا واحدًا. قاله المصنف، والشارح.

وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى. وتجب أجرة الباقي بالحصة.

وقال في الرعاية الكبرى: وإن أبى المؤجر تسليم ما أجره، أو امتنع مستأجر الانتفاع به كل المدة. فله الفسخ مجانًا.

وقيل: بل يبطل العقد مجانًا.

وقيل: إن كانت المدة معينة بطل، وإلا فله الفسخ مجانًا.

قوله: ﴿وَإِنْ حَوَّلَهُ الْمَالِكُ قَبْلَ تَقَضِّيهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أُجْرَةٌ لِمَا سَكَنَ نَصَّ عَلَيْهِ﴾.

وهو المذهب المنصوص عن الإمام أحمد، وعليه الأصحاب. قاله الزركشي وغيره. وهو من المفردات.

ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه[3]، واختاره في الفائق.

ويأتي إذا غصبها مالكها عند قوله «إذا غصبت العين».

---

(١) ذكر الوجهين في المغني فقال (وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر والأول أولى). المغني (٢٣/٦).

(٢) ذكر الاحتمالين أيضًا في الشرح كما في المغني. الشرح (١٠٠/٦).

(٣) ذكر أيضًا هذا الاحتمال صاحب الشرح فقال. (يحتمل أن له من الأجر نقسطه وهو قول أكثر الفقهاء لأنه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضه فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى ومنعه المالك بقيته) الشرح (١٠١/٦).

فائدة: وكذا الحكم لو امتنع الأجير من تكميل العمل. قاله فى التلخيص وغيره.

قال المصنف، والشارح، وغيرهما: والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكرى من تسليمها فى بعض المدة، أو أجره نفسه أو عبده للخدمة مدة، وامتنع من إتمامها، أو أجره نفسه لبناء حائط، أو خياطة ثوب، أو حفر بئر. أو حمل شىء إلى مكان، وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه: كالحكم فى العقار يمنع من تسليمه. انتهى.

قال فى الرعاية: وكذا الخلاف والتفصيل إن أبى الأجير الخاص العمل أو بعضه، كالمدة أو بعضها، أو أبى مستأجر العبد والبهيمة والجمال الانتفاع بهم كذلك، ولا مانع من الأجير والمؤجر. انتهى.

وقال فى القاعدة الخامسة والأربعين: إذا استأجره لحفظ شىء مدة. فحفظه فى بعضها ثم ترك: فهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان.

قال ابن المنى: أصحهما لاتبطل. بل يزول الاستئمان. ويصير ضامنًا.

وفى مسائل ابن منصور عن الإمام أحمد: إذا استأجر أجيرًا شهرًا معلومـاً. فجاء إليه فى نصف ذلك الشهر: أن للمستأجر الخيار.

والوجه الثانى: يبطل العقد. فلا يستحق شيئًا من الأجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة: أنه لايستحق أجرة. بذلك أفتى ابن عقيل فى فنونه. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ هَرَبَ الأَجِيرُ حَتَّى انْقَضَتِ المدَّةُ: انفَسَخَتِ الإِجَارَةُ. وَإِنْ كَانَ عَلَى عَمَلٍ: خُيِّرَ المسْتَأْجِرُ بَيْنَ الفَسْخِ وَالصَّبْرِ﴾.

إذا هرب الأجير أو شردت الدابة، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها، أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب: لم تنفسخ الإجارة. ويثبت له خيار الفسخ.

فإن فسخ فلا كلام. وإن لم يفسخ، وكانت الإجارة على مدة: انفسخت بمضيها يومًا فيومًا. فإن عادت العين فى أثنائها استوفى ما بقى، وإن انقضت انفسخت.

وإن كانت على موصوف فى الذمة. كخياطة ثوب ونحوه أو حمل إلى موضع معين: استؤجر من ماله من يعمله. فإن تعذر فله الفسخ. فإن لم يفسخ فله مطالبته بالعمل.

وإن هرب قبل إكمال عمله ملك المستأجر الفسخ والصبر[١]، كمرضه. قدمه في الرعايتين، والفائق، والحاوى الصغير.

وقيل: يكترى عليه من يقوم به. فإن تعذر فله فسخها.

وإن فرغت مدته في هربه فله الفسخ. قدمه في الفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وقيل: تنفسخ هي، وهو الذى قطع به المصنف هنا.

قوله: ﴿وَإِنْ هَرَبَ الْجَمَّالُ أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ الجمالَ أَنْفَقَ عَلَيْهَا. الْحَاكِمُ مِنْ مَالِ الجمّالِ، أَوْ أَذِنَ لِلمُسْتَأْجِرِ فِي النَّفَقَة. فَإِذَا انْقَضَت الإِجَارَة بَاعَهَا الحاكِمُ وَوَفّى المنْفِقِ وَحَفِظ بَاقِي ثَمَنِهَا لِصَاحِبِه﴾.

إذا أنفق المستأجر على الجمال - والحالة ما تقدم - بإذن حاكم: رجع بما أنفقه بلا نزاع. وإن لم يستأذنه ونوى الرجوع. ففيه الروايتان اللتان فيمن قضى ديناً عن غيره بغير إذنه، على ما تقدم في باب الضمان. والصحيح منهما: أنه يرجع.

قال في القواعد: ومقتضى طريقة القاضي: أنه يرجع رواية واحدة.

ثم إن الأكثرين اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع.

وفي المغنى[٢] وغيره: وجه أنه لايعتبر.

قال في القواعد: وهو الصحيح. انتهى.

وحكم موت الجمال حكم هربه، على الصحيح من المذهب. كما قال المصنف

وقال أبو بكر: مذهب الإمام أحمد: أن الموت لا يفسخ الإجارة. وله أن يركبها، ولا يسرف في علفها ولا يقصر. ويرجع بذلك.

قوله: ﴿وَتَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِتَلفِ العَيْنِ المعْقُودِ عَلَيْهَا﴾.

سواء تلفت ابتداء أو في أثناء المدة. فإذا تلفت في ابتداء المدة انفسخت. وإن تلفت في أثنائها انفسخت أيضًا فيما بقى فقط، على الصحيح من المذهب. جزم به في المغنى[٣]، والشرح[٤]، والمحرر[٥]، وغيرهم. وقدمه في الفروع وغيره.

---

(١) ذكره في الشرح فقال «فللمستأجر الفسخ فإن لم يفسخ وصبر إلى أن قدر عليه فله مطالبته بالعمل لأن ما في الذمة لايفوت بهربه» الشرح (١٠٢/٦).

(٢) ذكره في المغنى فقال (اعتبار الإشهاد وعدم اعتبار) المغنى (٩٨/٦).

(٣) ذكره في المغنى (٥٠/٦).

(٤) ذكره في الشرح مع التفصيل والتقسيم انظر الشرح (١٠٥/٦).

(٥) ذكره في المحرر (٣٥٦/١).

وقيل: تنفسخ أيضًا فيما مضى. ويقسط المسمى على قيمة المنفعة. فيلزمه بحصته.

نقل الأثرم فيمن اكترى بعيرًا بعينه فمات، أو انهدمت الدار: فهو عذر. يعطيه بحساب ما ركب.

وقيل: يلزمه بحصته من المسمى.

وقيل: لافسخ بهدم دار. فيخير.

ويأتى حكم الدار إذا انهدمت فى كلام المصنف بعد هذا. وكلامه هنا أعم.

وعنه: لا تنفسخ بموت المرضعة، ويجب فى مالها أجرة من يرضعه. اختاره أبو بكر.

وأما موت المرتضع فتنفسخ به الإجارة قولاً واحداً، كما جزم به المصنف هنا.

قوله: ﴿وَتَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِمَوْتِ الرَّاكِبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِى اسْتِيفَاءِ الْمَنفَعَةِ﴾.

هذا إحدى الروايتين. اختاره المصنف، والشارح، وجزم به فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وشرح ابن منجا، والوجيز. والصحيح من المذهب: أن الإجارة لا تنفسخ بموت الراكب مطلقاً. قدمه فى الفروع.

قال فى المحرر وغيره: لا تنفسخ بالموت.

قال الزركشى هذا: المنصوص، وعليه الأصحاب، إلا أبا محمد.

قوله: ﴿وَإِنْ أَكْرَى دَارًا فَانْهَدَمَتْ: انْفَسَخَتْ الإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. صححه فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والتصحيح. وجزم به ابن أبى موسى، والشيرازى، وابن البناء، وصاحب الوجيز، وغيرهم، وهو ظاهر كلام الخرقى. وقدمه فى الفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

والوجه الثانى: لا تنفسخ، ويثبت للمستأجر خيار الفسخ، وهو رواية عن الإمام أحمد. اختاره القاضى.

قال فى التلخيص: لم تنفسخ. على أصح الوجهين.

وقيل: تنفسخ فيما بقى وفيما مضى. ذكره فى الرعاية الكبرى.

(١) ذكرها فى المغنى مع التفصيل والتقسيم. (المغنى ٦/٢٧).
(٢) ذكرها فى الشرح (٦/١٠٨).

قوله: ﴿أَوْ أَرْضًا لِلزَّرْعِ، فَانْقَطَعَ مَاؤُهَا: انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ المُدَّةِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. صححه فى المغنى[١]، والشرح، والتصحيح، وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفائق، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

والوجه الثانى: لا تنفسخ، وللمستأجر خيار الفسخ. اختاره القاضى، وجزم به فى التلخيص فى موضع.

وقال فى موضع آخر: لم تنفسخ على أصح الوجهين. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

فائدة: لو أجر أرضًا بلا ماء: صح. فإن أجرها وأطلق. فاختار المصنف الصحة، إذا كان المستأجر عالماً بحالها وعدم مائها، وقدمه فى المغنى[٢]، والشرح[٣].

وقيل: لايصح، وجزم به ابن رزين فى شرحه، وأطلقهما فى الفروع.

وإن ظن المستأجر إمكان تحصيل الماء، وأطلق الإجارة: لم تصح. جزم به فى المغنى[٤]، والشرح[٥]، والفروع وغيرهم.

وإن ظن وجوده بالأمطار، أو زيادة الأنهار: صح. على الصحيح من المذهب، كالعلم. جزم به فى المغنى[٦]، والتلخيص، وغيرهما. وقدمه فى الفروع. وفى الترغيب، والرعاية وجهان.

ومتى زرع فغرق؛ أو تلف، أو لم ينبت: فلا خيار له، وتلزمه الأجرة. نص عليه.

وإن تعذر زرعها لغرقها فله الخيار.

وكذا له الخيار لقلة الماء قبل زرعها أو بعده، أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع.

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله: أو برد، أو فأر، أو عذر.

---

(١) قاله فى المغنى: (ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة سواء). المغنى (٢٧/٦).

(٢) ذكره فى المغنى فقال (وإن اكتراها على أنها لاماء لها جاز لأنه يتمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها ووضع رحله وجمع الحطب فيها وله أن يزرعها رجاء الماء) المغنى (٦٢/٦).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى النقطة السابقة. الشرح (٧٩/٦).

(٤) ذكره فى المغنى فقال (لم يصح العقد لأنه ربما دخل فى العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها) المغنى (٦٣/٦).

(٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٧٩/٦).

(٦) ذكره فى المغنى (٦١/٦).

قال: فإن أمضى العقد فله الأرش، كعيب الأعيان، وإن فسخ. فعليه القسط قبل القبض، ثم أجرة المثل إلى كماله.

قال: وما لم يرو من الأرض فلا أجرة له اتفاقاً، وإن قال في الإجارة: مقيلا ومراعي، أو أطلق. لأنه لايرد على عقد، كأرض البرية.

قوله: ﴿وَلاَ تَنْفَسِخُ. أَىْ الإِجَارَةُ: بِمَوْتِ الْمُكْرِى، وَلاَ الْمُكْتَرِى﴾.

هذا المذهب(١) مطلقًا في الجملة. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. منهم صاحب الوجيز. وقدمه في الفروع وغيره.

قال الزركشي: هذا المذهب المنصوص. وعليه الأصحاب.

وتقدم رواية – اختارها جماعة – أنها تنفسخ بموت الراكب.

وتقدم رواية: لاتنفسخ الإجارة بموت المرضعة.

تنبيه: قال ابن منجا في شرحه، فإن قيل: كيف الجمع بين قول المصنف «تنفسخ بموت الراكب» وبين قوله بعد: «لاتنفسخ بموت المكرى ولا المكترى»؟ قيل: يجب حمل قوله «لا تنفسخ بموت المكترى» على إن مات وله وارث، وهناك صرح بأنها تنفسخ إذا لم يكن له من يقوم مقامه.

قلت: ويحتمل أنه قال هذا متابعة للأصحاب، وقال ذلك لأجل اختياره.

قوله: ﴿وَإِنْ غُصِبَتِ الْعَيْنُ: خُيِّرَ الْمسْتَأجِرُ بَيْنَ الْفَسْخ وَمُطَالَبَةِ الغاصِبِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ. فَإِنْ فَسَخَ فَعَلَيْه أُجْرَةُ مَا مَضَى﴾.

إذا غصبت العين فلا تخلو: إما أن تكون إجارتها لعمل أو لمدة. فإن كانت لعمل، فلا تخلو: إما أن تكون الإجارة على عين موصوفة في الذمة، أو تكون على عين معينة.

فإن كانت على عين موصوفة في الذمة وغصبت: لزمه بدلها. فإن تعذر كان له الفسخ.

وإن كانت على عين معينة. خير بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفي منها.

---

(١) ذكره في الكافي فقال (ولاتنفسخ الإجارة بموت المتكارين ولا موت أحدهما لأنه عقد لازم فلا يبطل بموت المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه كالبيع) الكافي (١٧٩/٢). والعمدة (٢٦٨). والمغني (٤٢/٦). والشرح (١١٠/٦).

وإن كانت إلى مدة: فهو مخير بين الفسخ والإمضاء وأخذ أجرة مثلها من غاصبها إن ضمنت منافع الغصب، وإن لم تضمن انفسخ العقد.

وقال في الانتصار: تنفسخ تلك المدة، والأجرة للمؤجر لاستيفاء المنفعة على ملكه، وأن مثله وطء مزوجة، ويكون الفسخ متراخيًا.

فإذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة كان له الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل.

فإن ردت العين فى أثناء المدة و لم يكن فسخ: استوفى ما بقى منها. ويكون فيما مضى من المدة مخيرًا، كما ذكرنا. قاله فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وغيرهما.

فائدتان

إحداهما: لو كان الغاصب هو المؤجر: لم يكن له أجرة مطلقًا. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. ونص عليه.

وقيل: حكمه حكم الغاصب الأجنبى. وهو تخريج فى المحرر وغيره.

وقال الزركشى: لو أتلف المستأجر العين ثبت ما تقدم من الفسخ، أو الانفساخ، مع تضمين المستأجر ما أتلف.

ومثله: جَبُّ المرأة زوجِهَا، تضمن ولها الفسخ. انتهى.

قلت: يحتمل أن لافسخ لها.

وتقدم قريباً إذا حوله المالك قبل تقضى المدة.

وهذه المسألة من بعض صور تلك.

الثانية: لو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذى فيه العين المستأجرة، أو حصر البلد، فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض: ثبت[٣] له خيار الفسخ.

قال الخرقى: وإذا جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه.

فكلامه أعم من كلام المصنف هنا، لأنه شمل الغصب وغيره، فلذلك استشهد به المصنف.

---

(١) ذكره بنصه وتمامه فى المغنى (٢٩/٦).

(٢) ذكره فى الشرح بنصه وتمامه (الشرح١١١/٦).

(٣) ذكره فى المغنى فقال (لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين). المغنى (٢٩/٦). الشرح (١١٢/٦).

فإن كان الخوف خاصا بالمستأجر، كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المأجور، أو حلولهم في طريقه: لم يملك الفسخ، وكذا الحكم لو حبس أو مرض.

قوله: ﴿وَمَنِ اسْتُؤْجِرَ لِعَمَلِ شَيْءٍ، فَمَرِضَ: أُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يعْمَلُهُ وَالأَجْرَةُ عَلَى المَرِيضِ﴾.

مراده: إذا استأجره لعمل في الذمة، كخياطة وبناء ونحوهما، ومراده: إذا لم يشترط عليه مباشرته، فإن شرط عليه مباشرته. لم يقم[1] غيره مقامه.

وكذا لو كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض: لم يقم غيره مقامه. لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه، لا على شيء في ذمته.

وقال المصنف، والشارح: لو كان العمل في الذمة واختلف القصد - كاستئجاره لنسخ كتاب - لم يكلف الأجير إقامة غيره مقامه. ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير، لأن الغرض يختلف.

فإن تعذر عمل الأجير فللمستأجر الفسخ.

وتقدم التنبيه على ذلك أيضًا عند قوله «الضرب الثاني عقد على منفعة في الذمة»

قوله: ﴿وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ مَعِيبَةً، أَوْ حَدَثَ بِهاَ عَيْبٌ فَلَهُ الفَسْخُ﴾.

فمراده ومراد غيره: إن لم يزل العيب بلا ضرر يلحقه. فإن زال سريعاً بلا ضرر فلا فسخ.

تنبيه: ظاهر كلامه: أنه ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء مجاناً. وهو صحيح. وهو المذهب. أطلقه الأصحاب، وصرح به ابن عقيل، والمصنف، وغيرهما.

وقيل: يملك الإمساك مع الأرش، وهو تخريج للمصنف.

وقال في المحرر[2] - وتبعه في الفروع، وغيره - وقياس المذهب: له الفسخ أو الإمساك مع الأرش، وجزم به في المنور.

قال ناظم المفردات - بعد ذكر مسألة عيب المبيع: وأنه بالخيرة.

كذاك مأجور، قياس المذهب   قد قاله الشيخان، فافهم مطلبي

فهذا من المفردات أيضًا.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: إن لم نقل بالأرش. فورود ضعفه على أصل

(١) ذكره في المغني (٦/٣٤). الشرح (٦/١١٣).
(٢) ذكره بنصه وتمامه في المحرر (١/٣٥٦).

الإمام أحمد رحمه الله بين، وتقدم التنبيه على هذا في الخيار في العيب، بعد قوله: «ومن اشترى معيبًا لم يعلم عيبه».

فوائد

أحدهما: العيب هنا: ما يظهر به تفاوت الأجرة.

الثانية: لو لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمه الأجرة كاملة. على الصحيح من المذهب(١)، وعليه الأصحاب، وخرج المصنف لزوم الأرش.

قلت: وهو الصواب، لا سيما إذا كان دلسه.

الثالثة: قال في الترغيب: لو احتاجت الدار تجديداً، فإن جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ، ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به. نص عليه في علق الدار إذا عمله الساكن، ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن.

قلت: بل أولى، وحكى في التلخيص: أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح كسر، وإقامة مائل.

قلت: وهو الصواب.

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور، فإن كان وقفا فالعمارة واجبة من وجهين، من جهة أهل الوقف، ومن جهة حق المستأجر. انتهى.

وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب، وقيل: بلى.

الرابعة: لو شرط عليه مدة تعطيلها أو أن يأخذ بقدر مدة التعطيل بعد المدة، أو شرط عليه العمارة، أو جعلها أجرة: لم يصح. ومتى أنفق بإذن على الشرط أو بناء رجع بما قال المؤجر. ذكره المصنف، والشارح، وهو ظاهر ما قدمه في الفروع.

وذكر في الترغيب وغيره: في الإذن يرجع بما قال المستأجر، كما لو أذن له حاكم في نفقته على جمال هرب مؤجرها.

قلت: وهو الصواب. لأنه كالوكيل.

قوله: ﴿وَيَجُوزُ بَيْعُ العَيْنِ المُسْتَأجَرَةِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه في رواية جعفر بن محمد. وعليه الأصحاب. وجزم به في

---

(١) ذكره في الشرح فقال (علم أو لم يعلم لأنه استوفى جميع المعقود عليه معيبا فلزمه البدل كالمبيع المعيب إذا رضيه) الشرح (١١٤/٦).

الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى[١]. والخلاصة، والمحرر، والشرح[٢]، والوجيز، وغيرهم، وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: لايصح بيعها. قال فى الرعاية: وخرج منع البيع.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: وظاهر كلامه فى رواية الميمونى: أنه إذا باع العين المؤجرة، ولم يبين أنها مستأجرة: أن البيع لا يصح. ووجهه: أنه باع ملكه وملك غيره. فهى مسألة تفريق الصفقة.

فعلى المذهب: إذا لم يعلم المشترى بذلك، ثم علم: فله الفسخ أو الإمضاء مجانا. على الصحيح. جزم به فى المغنى[٣]، والشرح[٤]، وقدمه فى الفروع.

وقال فى الرعايتين، والحاوى الصغير: له الفسخ أو الإمضاء مع الأرش.

قال الإمام أحمد رحمه الله: هو عيب.

قلت: وهو الصواب، وجزم به فى الفائق.

وقال: قلت: فلو كانت الأرض مشغولة ببناء غيره أو زرعه وغراسه، فقال شيخنا: يصح العقد حالا، وهو المختار. انتهى.

فائدتان

إحداهما: مثل ذلك فى الحكم لو كانت مرهونة، وتقدم ذلك فى بابه.

الثانية: لو باع الدار التى تستحق المعتدة للوفاة سكناها، وهى حامل. فقال المصنف: لا يصح بيعها. لأن المدة الباقية إلى حين وضع الحمل مجهولة.

قلت: فيعايى بها، وقال المجد: قياس المذهب: الصحة.

قلت: وهو الصواب. ويأتى ذلك أيضًا فى عدة الوفاة.

قوله: ﴿إلاّ أنْ يَشْتَرِيَها الْمُسْتَأجِرُ فَتَنْفَسِخ، عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ﴾.

وهما وجهان عند أكثر الأصحاب، وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب،

---

(١) ذكره فى المغنى حيث قال: (إذا أجر عينا ثم باعها صح البيع نص عليه أحمد سواء باعها للمستأجر أو لغيره لأن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة كما لو زوج أمته ثم باعها) المغنى (٤٧/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (الشرح (١١٤/٦).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه (فقال: فإن لم يعلم المشترى الإجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن لأن ذلك عيب ونقص). المغنى (٤٧/٦).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الشرح (١١٥/٦).

والهادى، والكافى[1]، والمغنى[2]، والتلخيص، والشرح[3]، والفروع، والفائق

إحداهما: لاتنفسخ. وهو المذهب. صححه فى التصحيح.

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين: وهو الصحيح. اختاره القاضى، وابن عقيل، والأكثرون. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

والرواية الثانية: تنفسخ. قال فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: انفسخت الإجارة على الأصح، قال فى الخلاصة: انفسخت فى الأصح.

قال فى الرعاية الكبرى: وعنه تبطل الإجارة بالشراء، ويرجع المشترى بأجرة ما بقى من المدة إن كان المؤجر أخذه، وإلا سقط من الثمن بقدره بشرطه. انتهى.

فعلى المذهب: لو أجرها لمؤجرها صح. وعلى الثانية: لايصح.

فعلى الأولى: تكون الأجرة باقية على المشترى، وعليه الثمن، ويجتمعان للبائع. كما لو كان المشترى غيره.

فوائد

إحداها: حكم ما ورثه المستأجر حكم ما اشتراه. على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطعوا به.

قال القاضى فى الخلاف: هذا المذهب.

وقال فى المجرد: تنفسخ، لأن الملك بالإرث قهرى، وأيضاً فقد ينبنى على أن المنافع المستأجرة: هل تحدث على ملك المؤجر، ثم تنتقل إلى ملك المستأجر؟

فإن قلنا بذلك: فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها إليه.

هذا إذا كان ثم وارث سواه، فأما إذا لم يكن له وارث سواه فلا مغنى لاستحقاق العوض على نفسه، إلا أن يكون على أبيه دين لغيره، وقد مات مفلسًا بعد أن أسلفه الأجرة.

---

(١) ذكر فى الكافى الروايتين فقال (أحدهما :- تبطل لأنها عقد على المنفعة فأبطلها ملك الرقبه كالنكاح فعلى هذا يسقط من الأجرة بقدر ما بقى من المدة والثانى:- لاتبطل لأنه عقد على الثمرة فلم تبطل بملك الأصل كما لو اشترى ثمرة شجره ثم ملك الأصل وقت وجد المستأجر عيبا فنفسخ به ومع علمه لأن عوض الإجارة له فالرجوع عليه) الكافى (١٧٩/٢).

(٢) ذكر الوجهين أيضاً فى المغنى فقال (أحدهما ولا يبطل لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبه المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر والثانى: تبطل الإجارة فيما بقى من المدة لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح) والمغنى (٤٨/٦).

(٣) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (١١٥/٦).

الثانية: لو ملك المستأجر العين بهبة، فهو كما لو ملكها بالشراء. صرح به المجد في مسودته على الهداية. ذكره في القاعدة الخامسة والثلاثين.

الثالثة: لو وهبت العين المستعارة للمستعير بطلت العارية، ذكره القاضي، وابن عقيل واقتصر عليه في القواعد، لأنه عقد غير لازم.

قوله: ﴿وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الْخَاصّ. وَهُوَ الَّذِى يُسَلِّمُ نَفْسَهُ إِلَى الْمُسْتَأجِرِ﴾.

يعنى: لعمل معلوم مباح فيما يتلف بيده.

فقول المصنف فى حده «هو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر» هو أحد الوجهين. ذكرهما فى الرعاية الصغرى، وقطع به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والفائق، والرعاية الكبرى.

والصحيح من المذهب[1]: أن الأجير الخاص هو الذى يؤجر نفسه مدة معلومة يستحق المستأجر نفعها فى جميعها، سواء سلم نفسه إلى المستأجر أولا. جزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، والمحرر[4]، والمستوعب، والفروع، والحاوى الصغير، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية الصغرى.

والذى يظهر لى: أن المسألة قولا واحدا، وأن صاحب الرعاية الصغرى رأى بعضهم ذكر العبارة الأولى، وذكر بعضهم العبارة الثانية، فظن أنهما قولان.

والعذر لمن قال: هو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر: أنه الواقع فى الغالب. فأناط الحكم بالغالب، لا أن الذى يؤجر نفسه مدة و لم يسلمها إلى المستأجر لايسمى أجيرًا خاصًا. فإن المعنى الذى سمى به يشمله.

اللهم إلا أن يعثر على أحد من الأصحاب بين ذلك. وذكر علة كل قول

إذا علمت ذلك، فالصحيح من المذهب: أنه لايضمن ماتلف بيده بشرطه. نص عليه.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال (والأجيرعلى ضربين : خاص ومشترك .فالخاص هو الذى يؤجر نفسه مدة) الكافى (١٨٤/٢).

(٢) تعريف الأجير الخاص عند صاحب المغنى: (هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها وسمى خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس) المغنى (١٠٦/٦).

(٣) عرفه فى الشرح كما فى المغنى (الشرح (١١٨/٦).

(٤) عرفه فى المحرر فقال (الأجير الخاص:- وهو من استؤجر إلى مده) المحرر (٣٥٨/١).

قال في الفروع: لايضمن جنايته في المنصوص، وجزم به في المغني[١]، والشرح[٢]، والوجيز، وغيرهم، وقدمه في الرعاية الكبرى.

قال الزركشي: وعليه الأصحاب، ونص عليه في رواية جماعة.

وقيل: يضمن. اختاره ابن أبي موسى في الإرشاد، وحكى فيه عن الإمام أحمد رواية بتضمينه ماتلف بأمر خفى لايعلم إلا من جهته، كما يأتي في الأجير المشترك. وقال فيه: لايضمن ما هلك بغير فعله. قولا واحدًا. إذا كانت في بيت المستأجر.

وقال: لافرق بين الأجير الخاص والمشترك.

تنبيه: قوله: ﴿إِلاَّ أَنْ يَتَعَدَّى﴾.

قال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، الخلاصة، والمحرر[٣]، والفروع، والفائق، وغيرهم: «إلا أن يتعمد».

وقال جماعة من الأصحاب - منهم ابن حمدان - في رعايتيه: «إلا أن يتعمد أو يفرطا».

فائدتان

إحداهما: ليس له أن يستنيب فيما يعمله، وله فعل الصلوات الخمس في أوقاتها بسننها، وصلاة الجمعة، والعيدين.

الثانية: ليس له أن يعمل لغيره في مدة المستأجر، فإن عمل وأضر بالمستأجر فله قيمة ما فوته. على الصحيح من المذهب، قدمه في الفروع، والرعاية الكبرى.

وقيل: يرجع بقيمة ما عمله لغيره، وهو احتمال في الرعاية.

وقال القاضي: يرجع بالأجرة التي أخذها من غير مستأجره

قوله: ﴿وَيَضْمَنُ الأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ مَا جَنَتْ يَدُهُ مِنْ تَخْرِيقِ الثَّوْبِ وَغَلَطِهِ فِي تَفْصِيلِه﴾.

الأجير المشترك: هو الذي يقع العقد معه على عمل معين، فيضمن ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله، وزلق الحمال والسقوط عن دابته. وكذا

---

(١) قال في المغني: (فلا ضمان عليه ما لم يتعد لأن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به) المغني (٦/١٠٩).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغني (٦/١١٩).

(٣) ذكره في المحرر فقال: (فلا يضمن جنايته إلا أن يتعمدها) المحرر (١/٣٥٨).

الطباخ، والخباز، والحائك، وملاح السفينة، ونحوهم.

ويضمن أيضًا ماتلف بفعله مطلقًا. على الصحيح من المذهب. نص عليه فى رواية ابن منصور، وجزم به فى المحرر[1]، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الكافى[2]، والمغنى[3]، والشرح[4]، والرعايتين، والفروع، والفائق، والهداية، والمذهب، والخلاصة وغيرهم.

وصرح به القاضى فى التعليق فى أثناء المسألة وابن عقيل، واختاره المصنف وغيره.

وقيل: لايضمن ما لم يتعد، وهو تخريج لأبى الخطاب.

قلت : والنفس تميل إليه.

وقيل: إن كان عمله فى بيت المستأجر أو يده عليه لم يضمن، وإلا ضمن. واختاره القاضى، وأصحابه. قاله فى الكافى[5]، ونقله فى القاعدة الثامنة والتسعين عن القاضى، واقتصر عليه.

وذكر القاضى أيضًا فى تضمينه ثلاث روايات: الضمان، وعدمه، والثالثة: لا يضمن إذا كان غير مستطاع. كزلق ونحوه.

قلت: وهذا قوى.

قوله: ﴿وَلاَ ضَمانَ عَلَيْهِ فِيما تَلِفَ مِنْ حِرْزِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ﴾.مراده: إذا لم يتعد. وماقاله هو المذهب.

قال فى الفائق: ولا يضمن ما تلف بغير فعل، ولو عدم من حرزه فلا ضمان فى أصح الروايتين.

قال فى الفروع: وما تلف بغير فعله ولا تعديه: لايضمنه فى ظاهر المذهب.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب، ونصره المصنف، والشارح وغيرهما.

قال الزركشى: هو المشهور، والمنصوص عليه فى رواية الجماعة. وهو اختيار

---

(١) ذكره فى المحرر (٣٥٨/١).

(٢) ذكره فى الكافى فقال: (والمشترك: الذى يؤجر نفسه على عمل فظاهر كلام الخرقى أنه يضمن ما تلف بعمله) الكافى (١٨٤/٢).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه (المغنى ١٠٦/٦).

(٤) ذكره فى الشرح (الشرح ١٢٠/٦).

(٥) ذكره فى الكافى بنصه ثم ذكر: (لأنه سلم نفسه إلى صاحب العمل فأشبه الخاص.) الكافى (١٨٥/٢).

الخرقى، وأبى بكر، والقاضى، وأصحابه، والشيخين، وجزم به فى المحرر[١]، والوجيز، والحاوى الصغير، وغيرهم، وقدمه فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعايتين، وغيرهم.

وعنه يضمن، وعنه رواية ثالثة: إن كان التلف بأمر ظاهر - كالحريق، واللصوص ونحوهما - فلا ضمان، وإن كان بأمر خفى - كالضياع - فعليه الضمان، وأطلقهن فى المستوعب.

قال فى المستوعب، والتلخيص: محل الروايات: إذا لم تكن يد المالك على المال. أما إن كانت يده على المال: فلا ضمان بحال.

قوله: ﴿وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهِ﴾.

هذا المذهب مطلقاً. وعليه أكثر الأصحاب، وهو ظاهر ما قطع به الخرقى، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم، وقدمه فى الفروع، والرعايتين، وغيرهم.

وقال فى المحرر[٢]: ولا أجرة له فيما عمل فيه إلا ما عمله فى بيت ربه. وقدمه فى الحاوى الصغير، والفائق.

وعنه: له أجرة البناء لاغير. نص عليه فى رواية ابن منصور، وقطع به القاضى فى التعليق. قاله الزركشى.

وعنه: له أجرة البناء والمنقول إذا عمله فى بيت ربه.

وقال ابن عقيل فى الفنون: له الأجرة مطلقاً.

قلت: وهو قوى.

فائدة: لو استأجر أجير مشترك أجيراً خاصاً - كالخياط فى دكان يستأجر أجيرًا خاصاً - فيستقبل المشترك خياطة ثوب، ثم يدفعه إلى الأجير الخاص، فخرقه أو أفسده: لم يضمنه الخاص، ويضمنه الأجير المشترك لربه. قاله الأصحاب[٣].

وإن استعان به و لم يعمل فله الأجرة. لأجل ضمانه، لا لتسليم العمل. قاله فى الانتصار فى شركة الأبدان.

---

(١) ذكره فى المحرر (١/٣٥٨).
(٢) ذكره بنصه وتمامه (المحرر ١/٣٥٨).
(٣) ذكره فى المغنى (٦/١٠٩).

قولـه: ﴿وَلاَ ضَمَانَ عَلَى حَجّامٍ ولا خَتّانٍ وَلاَ بَزّاعٍ – وهوالبيطـار – وَلاَ طَبِيبٍ إِذَا عُرِفَ مِنهُمْ حِذْقُ الصَّنْعَةِ. وَلَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وقال فى الرعاية أوقلت: إن كان أحدهـم أجيراً خاصـاً أو مشتركا فلـه حكمـه. وكذا قال فى الراعى.

وقال ابن أبى موسى: إن ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلـة خاتنهـا. قضـى بذلك عمر رضى الله عنه.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب: أنه لا ضمان عليـه، سـواء كـان أجيرًا خاصًا أو مشتركا. وهو صحيح[1]. وقدمه فى الفروع وغيره.

واختار ابن عقيل فى الفنون: عدم الضمان فى الأجير المشترك لاغـير. وقـال: لأنـه الغالب من هؤلاء، وأنه لو استؤجر لحلق رءوس يوما فجنى عليها بجراحه، لا يضمـن، كجنايته فى قصارة وخياطة ونجارة.

واختار فى الرعاية: أن كلا من هؤلاء له حكمه، إن كان خاصًا فلـه حكمـه، وإن كان مشتركا فله حكمه، وكذا قال فى الراعى.

فائدتان

إحداهما: يشترط لعدم الضمـان فـى ذلـك أيضـاً، وفـى قطـع سـلعة ونحـوه: إذن المكلف أو الولى فإن لم يأذنا ضمن[2]. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحـاب. وقدمه فى الفروع.

واختار فى الهدى عدم الضمان. قال لأنه محسن، وقال: هذا موضع نظر.

الثانية: يجوز أن يستأجر طبيبًا، ويقدر ذلك بالمدة، لأن العمل غير مضبوط، ويبيـن قدر ما يأتى له: هل هو مرة أو أكثر؟ ولا يجوز التقدير بالوبرء عند القاضى. وجـوزه

---

(١) ذكره فى المغنى قال «لأن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنـوا بشـرطين (أحدهمـا: أن يكـون ذوى حذق صناعتهم لأنه إذا لم يكن كذلك لم تحل له مباشرة القطع فـإذا قطع مـع هـذا كـان فعلا محرمـا تضمن سرايته وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم «من تطبب بغـير علـم فهـو ضـامن «رواه أبـو داود (الثانى) أن لاتجنى أيديهم فيتجاوزوا ما يبق أن يقطع فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعـوا قطعـا مأذونـا فيـه لهـم فلـم يضمنـوا سـراينه كقطـع الإمـام يـد السـارق) الشـرح (١٢٤/٦). المغنـى (١٢٠/٦). العدة (٢٧٠). المحرر (٣٥٨/١).

(٢) قيد الإذن صاحب الشرح (١٢٤/٦). والمغنى (١٢١/٦).

ابن أبى موسى، واختاره المصنف. وقال: لكن يكون جعالة لا إجارة. انتهى.

فإن استأجره مدة يكحله أو يعالجه فيها، فلم يبرأ: استحق الأجر، وإن برأ فى أثناء المدة: انفسخت الإجارة فيما بقى، وكذا لو مات.

فإن امتنع المريض من ذلك - مع بقاء المرض - استحق الطبيب الأجر بمضى المدة.

فأما إن شارطه على البرء، فهى جعالة. لا يستحق شيئًا حتى يوجد البرء، وله أحكام الجعالة.

وتقدم أن الصحيح من المذهب: جواز اشتراط الكحل على الطبيب. ويدخل تبعاً كنقع البئر.

قوله: ﴿وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الرَّاعِي إِذَا لَمْ يَعْتَدِ﴾. بلا نزاع.

فإن تعدى ضمن، مثل أن ينام، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد عنه، أو تغيب عن نظره وحفظه، أو يسرف فى ضربها، أو يضربها فى غير موضع الضرب، أو من غير حاجة إليه، أو يسلك بها موضعًا تتعرض فيه للتلف، وما أشبه ذلك.

فائدتان

إحداهما: لو أحضر الجلد ونحوه، مدعيًا للموت - قبل قوله فى أصح الروايتين.

قاله المصنف، والشارح، والزركشى، وصاحب الفائق، وغيرهم.

وعنه: لا يقبل قوله إلا ببينة تشهد بموتها، وأطلقهما فى المستوعب وغيره.

ويأتى قريبا إذا ادعى موت العبد المأجور، أو غيره، أو مرضه.

الثانية: يجوز عقد الإجارة على ماشية معينة، وعلى جنس فى الذمة.

فإن كانت الإجارة على معينة تعلقت الإجارة بأعيانها، فلا يجوز إبدالها، ويبطل العقد فيما تلف منها، والنماء فى يده أمانة كأصله. ولا يلزمه رعى سخالها. قاله الأصحاب.

ويحتمل أن لا تتعلق الإجارة بأعيانها. قاله المصنف وغيره.

وإن عقد على موصوف، الذمة، فلا بد من ذكر جنسه، ونوعه، وصغره وكبره، وعدده. وهذا المذهب[1] مطلقًا.

وقال القاضى: إن أطلق، ولم يذكر عددًا: صح. ويحمل على ما جرت به العادة. كالمائة من الغنم ونحوها.

---

(١) ذكره فى الشرح (١٢٦/٦). والمغنى (١٢٨/٦).

قال في القاعدة الثانية والثمانين: لو وقع الاستئجار على رعي غنم غير معينة. كان عليه رعي سخالها، لأن عليه أن يرعى ما يجرى العرف به مع الإطلاق.

ذكره القاضي في المجرد، واقتصر عليه.

وتقدم في أواخر المضاربة: هل يجوز رعيها بجزء من صوفها وغيره؟

قوله: ﴿وَإِذَ حَبَسَ الصَّانِعُ الثَّوْبَ عَلَى أُجْرَتِهِ، فَتَلِفَ: ضَمَنَهُ﴾.

هذا المذهب مطلقًا. وعليه أكثر[1] الأصحاب. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع وغيره.

وقيل: إن كان صبغه منه فله حسبه، وإن كان من ربه، أو قصره: فوجهان.

وقال في المنثور: إن خاطه، أو قصره وعزله. فتلف بسرقة، أو نار: فمن مالكه، ولا أجرة له. لأن الصنعة غير متميزة. كقفيز من صبرة.

وإن أفلس مستأجره، ثم جاء بائعه يطلبه. فللصانع حبسه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَتْلَفَ الثَّوْبَ بَعْدَ عَمَلِهِ: خُيِّرَ مَالِكُهُ بَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ، ولا أُجْرَةَ لَهُ. وَبَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ مَعْمُولاً. وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ أُجْرَتَهُ﴾.

وهذا بلا خلاف. ويقدم قول ربه في صفته معمولاً، ذكره ابن رزين.

فوائد

أحدها: مثل هذه المسألة: لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول، فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه، ولا أجرة له، وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده، ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان، قاله القاضي وغيره. وجزم به في المغني[2]، والشرح[3]، وقدمه في الفروع.

وقال أبو الخطاب: يلزمه قيمته موضع تلفه، وله أجرته إليه.

---

(١) ذكره في المحرر فقال: (أو حبسه على الأجرة فتلف فلمالكه تضمينه قيمته معمولا وعليه أجرته أو قيمته غير معمول ولا أجرة عليه) المحرر (٣٥٨/١). ذكره في ا لشرح فقال: (لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب) الشرح (١٢٧/٦). المغني (١١٦/٦).

(٢) ذكره في المغني بنصه وتمامه ثم علق قائلا: (إنما كان ذلك لأنه إذا أحب تضمينه معمولا أو في المكان الذي أفسده فيه فله ذلك لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة فملك المكالية بعوضه حينئذ وأن أحب تضمينه قبل ذلك فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه وما سلم إليه فلا يلزمه) المغني (١١٠/٦).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغني الشرح (١٢٧/٦).

الثانية: مثل المسألة فى الحكم أيضًا: لو عمله على غير صفة ما شرطه عليه، مثل أن يدفع إليه غزلا لينسج له عشرة أذرع فى عرض ذراع، فينسجه زائدًا فى الطول والعرض. قدمه فى الفروع.

وقال المصنف، والشارح: له المسمى إن زاد الطول وحده، ولم يضر الأصل.

وإن جاء به زائدًا فى العرض وحده، أو فيهما. ففيه وجهان.

وأما إذا جاء به ناقصًا فى الطول والعرض، أو فى أحدهما. فقيل: لا أجرة له. وعليه ضمان نقص الغزل.

وقيل: له حصته من المسمى. وأطلقهما فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفروع.

وقال المصنف: ويحتمل إن جاء به ناقصاً فى العرض فلا شىء له، وإن جاء به ناقصًا فى الطول فله بحصته من المسمى.

الثالثة: لو دفع القصار الثوب إلى غير مالكه خطأ ضمنه.

قال الإمام أحمد رحمه الله: يضمن القصار، ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس له. ويرده إلى القصار، ويطالبه بثوبه. فإن لم يعلم المدفوع إليه حتى قطعه: غرم أرش القطع، على الصحيح من المذهب. وجزم به المصنف، والشارح، وابن حمدان، والسامرى، وغيرهم، وقدمه فى الفروع.

وعنه: لايضمن. وقدمه فى القاعدة الخامسة والسبعين، ومال إليه.

قال: وبعض الأصحاب حمل رواية ضمان القصار: على أنه كان أجيراً مشتركاً، ورواية عدم ضمانه: على أنه أجير خاص. وأشار إلى ذلك القاضى فى المجرد. انتهى.

وإن تلف عند المدفوع إليه ضمنه. على الصحيح من المذهب، قدمه فى الفروع.

وعنه: لايضمنه. كعجزه عن دفعه لمرض ونحوه. وأطلقهما فى المغنى(٣)، والشرح(٤).

قوله: ﴿وَإِذَا ضَرَبَ المسْتَأجِرُ الدَّابَّةَ بِقَدْرِ العَادَةِ أَوْ كَبَحَهَا﴾. أى: جذبها لتقف **﴿أَوِ الرَّائِضُ الدَّابةَ﴾** وهو الذى يعلمها السير **﴿لَمْ يَضْمَنْ مَا تَلِفَ بِهِ﴾.**

---

(١) قال صاحب المغنى ففيه وجهان أحدهما: لا أجر له عليه ضمان نقص لأنه مخالف لما أمر به فأشبه مالو استأجره على بناء حائط عرض ذراع فبناه عرض، نصف ذراع (الثانى) له بحصته من المسمى كمن استوجر على ضرب لبن فضرب بعضه) المغنى (٦/١١٠).

(٢) ذكره فى الشرح (٦/١٢٧).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب المغنى (إحداهما: يضمنه لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه فضمنه كما لو علم، الثانية: لا يضمنه لأنه لم يمكنه رده فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض) (المغنى ٦/١١٧).

(٤) ذكره فى الشرح (٦/١٢٧).

هـذا المذهـب. نـص عليـه. وعليـه جماهـير الأصحـاب. وقطـع بـه فـى المغنـى[١]، والشرح[٢]، والوجيز، وغيرهم، وقدمه فى الفروع وغيره.

وقيل: يضمن. ويأتى فى كلام المصنف فى آخر كتاب الديات«لـو أدب ولـده، أو امرأته فى النشوز، أو المعلم صبيه، أو السلطان رعيته، ولم يسرف. فأفضى إلى تلفه».

وتأديب الصبى، والمرأة مذكور هنا فى بعض النسخ.

قوله: ﴿وَ إِنْ قَالَ: أَذِنْتَ لِي فِي تَفْصِيلِهِ قباءً. قَـالَ: بَـلْ قَميصًـا، فَـالْقَوْلُ قَـوْلُ الْخَيَّاطِ. نَصَّ عَلَيْهِ﴾.

لئلا يغرم نقصه مجانًا بمجرد قول ربه، بخلاف الوكيل، وهذا المذهب.

قال فى التلخيص: القول قول الأجير فى أصـح الروايتـين. وجـزم بـه فـى الهدايـة، والمذهـب، والخلاصـة، والمحرر[٣]، والوجـيز، وغـيرهم. وقدمـه فـى المسـتوعب، والمغنى[٤]، والكافى[٥]، والشرح[٦]، والفائق، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

وعنه: القول قـول المالك. اختـاره المصنـف، قالـه فـى الفـروع، ولم أره. وظـاهر الفروع: إطلاق الخلاف.

وعنه: القول قول من يشهد له الحال، مثل أن يكون التفصيـل لايلبسـه المـالك، أو يلبسه.

قلت: وهو قوى.

وقيل: بالتحالف.

---

(١) ذكره فى المغنى فقـال: (وللمستأجر ضرب الدابة بقـدر مـا جرت بـه العـادة ويكبحهـا باللجـام للاستصلاح ويحثها على السير ليلحق القافلة وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه ولأن التلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ولأن الضرب معنى تضمنه عنـد الإجـارة فـإذا تلـف منـه لم يضمـن كـالركوب). المغنى (٦/١١٩).

(٢) ذكره أيضًا فى الشرح (٦/١٣٠).

(٣) ذكره فى المحرر (١/٣٥٨).

(٤) ذكره فى المغنى فقال: (القول قول الخياط لأنهما أتفقا فى الإذن واختلفا فى صفته فكـان القـول قـول المأذون له كالمضارب ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال«لو يعطى الناس بدعواهم لادعـى قـوم دمـاء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»أخرجه مسلم) المغنى (٦/١١٣).

(٥) ذكره فى الكافى (لأن الأصل عدم وجوب الغرم فكان القول قول من ينفيه «وهو المأذون لـه) الكـافى (٢/١٨٦).

(٦) ذكره فى الشرح كما فى المغنى نقطه ٤ الشرح (٦/١٣١).

فعلى المذهب: له أجرة مثله. وعلى الثانية: لا أجرة له.

فوائد

الأولى: لو قال: إن كان الثوب يكفيني فاقطعه وفصله. فقال: يكفيك ففصله. فلم يكفه: ضمنه.

ولو قال: انظر. هل يكفيني قميصا؟ فقال: نعم. فقال: اقطعه. فقطعه فلم يكفه: لم يضمنه. جزم به في المغني(١)، والشرح(٢)، والحاوي.

الثانية: لو ادعى مرض العبد، أو إباقه، أو شرود الدابة، أو موتها - بعد فراغ المدة أو فيها - أو تلف المحمول: قبل قوله. على الصحيح من المذهب، قدمه في الفروع، وقدمه في الرعاية في إباق العبد.

وعنه: القول قول ربه.

وقطع به في المغني(٣) فيما إذا ادعى مرض العبد وجاء به صحيحاً، وقطع به في الرعاية، وفي الترغيب. في دعواه التلف في المدة: روايتان من دعوى راع تلف الشاة.

واختار في المبهج لا تقبل دعوى هرب العبد أول المدة.

وفي الترغيب: تقبل، وأن فيه بعدها روايتين.

وتقدم قريبا لو أحضر الجلد مدعيًا الموت.

الثالثة: يستحق في المحمول أجرة حمله. ذكره في التبصرة.

الرابعة: لو اختلفا في قدر الأجرة. فحكمه حكم اختلافهم في قدر الثمن في البيع. نص عليه(٤).

وكذا لو اختلفا في قدر مدة الإجارة، كالبيع. كقوله: أجرتك سنة بدينار، وقال: بل سنتين بدينارين.

وعلى القول بالتحالف: إن كان بعد فراغ المدة فعليه أجرة المثل، لتعذر رده

---

(١) قال في المغني: (لم يضمنه لأنه أذن له من غير شرط فافترقا ولم يجب عليه الضمان لأنه أذن له بدون تقيد) المغني (١١٢/٦).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغني (الشرح ١٣٣/٦).

(٣) قاله في المغني: (فإن جاء به صحيحا فالقول قول المالك سواء وافقه العبد أو خالفه). المغني (١٤٥/٦).

(٤) ذكره في المغني: (فقال تحالفا ويبدأ بيمين الأجر نص عليه أحمد لأن الإجارة نوع من البيع فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله) المغني (١٤٣/٦). الشرح (١٣٥/٦). الكافي (١٨٦/٢).

المنفعة. وفى أثنائها بالقسط.

قوله: ﴿وَتَجِبُ الْأُجْرَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ﴾.

هذا المذهب، سواء كانت إجارة عين أو فى الذمة. فيجوز له الوطء إذا كانت الأجرة أمة.

قال فى الفروع: ويتوجه فيه قبل القبض رواية. يعنى: بعدم الجواز.

فائدة: تستحق الأجرة كاملة بتسليم العين، أو بفراغ العمل الذى بيد المستأجر، أو ببذلها. على الصحيح من المذهب، على ما يأتى فى كلام المصنف قريبا.

وعنه: تستحق الأجرة بقدر ما سكن.

وحمله القاضى على تركها لعذر، ومثله تركه تتمة عمله، وفى الانتصار كقول القاضى. انتهى.

وله الطلب بالتسليم، ولا تستقر الأجرة إلا بمضى المدة بلا نزاع.

ولو بذل تسليم العين، وكانت الإجارة على عمل فى الذمة. فقال الأصحاب: إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها: استقرت عليه الأجرة. نقله المصنف، والشارح، وغيرهما.

واختار المصنف: لا أجرة عليه. فقال فى المغنى[1]: هذا أصح عندى. وأطلقهما فى الفروع.

قوله: ﴿إِلاَّ أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى تَأْخِيرِهَا﴾.

يجوز تأجيل الأجرة مطلقاً. على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب، وجزم به فى المغنى[2]، والمحرر[3]، والشرح[4]، والوجيز، والفائق، وغيرهم من الأصحاب.

وقيل: يجوز تأجيلها إذا لم تكن نفعاً فى الذمة.

وقيل: يجوز قبضها فى المجلس أيضًا.

فعلى المذهب: تكون الأجرة فى الذمة غير مؤجلة، بل ثابتة فى الحال، وإن تأخرت المطالبة بها. صرح به القاضى فى تعليقه فى الجنايات، فقال: الدين فى الذمة

---

(١) ذكره فى المغنى (١٦/٦).

(٢) (لأن إجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك أجادتها) المغنى (١٦/٦).

(٣) قالها فى المحرر: (فإن أحلت جاز) المحرر (٣٥٧/١).

(٤) ذكره فى الشرح (١٣٧/٦).

غير مؤجل، بل ثابت فى الحال، وإن تأخرت المطالبة به.

وحمل الزركشى كلام الخرقى فى الإجارة عليه، وقدر له تقديراً.

قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب: خلاف ذلك، كالمصنف هنا، والخرقى، وغيرهم.

ولا يلزم من كون القاضى ذكر ذلك أن يكون متفقاً عليه بين الأصحاب، فإن المسألة محتملة لما قاله القاضى، ولما هو ظاهر كلام غيره.

فنقول: السبب وجد. والوجوب محله انتهاء الأجل. والله أعلم.

فائدة: لو أجلها فمات المستأجر: لم تحل الأجرة، وإن قلنا بحلول الدين بالموت. لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم. قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله.

وقال أيضًا ليس لناظر الوقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة، ولو شرطه لم يجز. لأن الموقوف عليه يأخذ ما لا يستحقه الآن، كما يفرقون فى الأرض المحتكرة إذا بيعت وورثت. فإن الحكر من الانتقال، يلزم المشترى والوارث. وليس لهم أخذه من البائع. وتركه فى أصح قولهم.

قوله: ﴿وَلاَ يَجِبُ تَسْلِيمُ أُجْرَةِ الْعَمَلِ فِى الذِّمَّةِ حَتَّى يَتَسَلَّمَهُ﴾.

إذا استؤجر على عمل ملكت الأجرة بالعقد أيضاً. لكن لا يستحق تسليمها إلا بفراغ العمل وتسليمه لمالكه. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب، على ما تقدم قريبًا.

وقطع به الخرقى، وصاحب المحرر[1]، والوجيز وغيرهم، وقدمه فى المغنى[2]، والشرح[3]، والفروع، وغيرهم.

وقال القاضى فى تعليقه: يجب دفع الأجرة إلى الأجير إذا شرع فى العمل، لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة. فهو كتسليم الدار المؤجرة،

قال فى القاعدة الثامنة والأربعين: ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص ، لأن منافعه تتلف تحت يد المستأجر.

فهو شبيه بتسليم العقار.

وقال ابن أبى موسى: من استؤجر لعمل استحق الأجر عند إيفاء العمل، فإن

---

(١) ذكره فى المحرر فقال: (أو العمل إن كانت على عمل) أن تجب الأجرة. المحرر (٣٥٧/١).

(٢) المغنى (١٦/٦).

(٣) ذكره فى الشرح (١٣٩/٦).

استؤجر فى كل يوم بأجر معلوم، فله أجر كل يوم عند تمامه.

وحمله الزركشي على العرف، وكذا قال فى القواعد.

وقال: وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطلقة غير معينة، كاستئجاره كل يوم بكذا. فإنه يصح. ويثبت له الخيار فى أجر كل يوم. فتجب له الأجرة فيه، لأنه غير ملتزم بالعمل فيما بعده، ولأن مدته لاتنتهي. فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها، أو على أن المدة المعينة إذا عين لكل يوم فيها قسطاً من الأجرة، فهى إجارات متعددة. انتهى.

وقال الزركشي: – بعد كلامه على العرف – أصل المسألة: مافيه خلاف بين الأصحاب. انتهى.

وقال أبو الخطاب: تملك بالعقد، وتستحق التسليم، وتستقر بمضى المدة.

فائدة: إذا انقضت المدة رفع المستأجر يده عن المأجور، ولم يلزمه الرد. على المذهب مطلقا، ولو تلف بعد تمكنه من رده لم يضمنه. جزم به فى التلخيص فى باب الوديعة، وجزم به فى الحاوى الصغير، وقدمه فى الفروع، لأن الإذن فى الانتفاع انتهى دون الإذن فى الحفظ. ومئونته كمودع.

وقال القاضى فى التعليق: يلزمه رده بالطلب، كعارية، لا مؤنة العين، وقال: أومأ إليه.

وقال فى الرعاية: يلزمه رده مع القدرة بطلبه، وقيل: مطلقا، ويضمنه مع إمكانه. قال: ومؤنته على ربه. وقيل: عليه.

قال فى التبصرة: يلزمه رده بالشرط، ويلزم المستعير مئونة البهيمة عادة مدة كونها فى يده.

ويأتى حكم مئونة ردها فى كلام المصنف فى العارية.

قوله: ﴿وَإِذَا انْقَضَتِ الإِجَارَةُ وَفِي الأَرْضِ غِرَاسٌ، أَوْ بِنَاءٌ لَمْ يُشْتَرَطْ قَلْعُهُ عِنْدَ انِقضَائِهَا: خُيِّرَ المَالِكُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِالْقِيمَةِ، أَوْ تَرْكِهِ بِالأُجْرَةِ، أَوْ قَلْعِهِ وَضَمَانِ نَقْصِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب من حيث الجملة. وجزم به فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والوجيز، وغيرهم، وقدمه فى الفروع، والفائق، وغيرهم.

---

(١) ذكره صاحب المغنى فانظره (المغنى ٦/٦٧).

(٢) وكذلك صاحب الشرح (الشرح ٦/١٤٢).

قال فى التلخيص: إذا اختار المالك القلع وضمان النقص، فالقلع على المستأجر. وليس عليه تسوية الأرض، لأن المؤجر دخل على ذلك.

و لم يذكر جماعة من الأصحاب أخذه بالقيمة، منهم صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والتلخيص، وزاد: كما فى عارية مؤقتة.

وقال فى الفائق، قلت: فلو كانت الأرض وقفًا: لم يجز التملك إلا بشرط واقف، أو رضى مستحق الريع.

وقال فى الفروع: و لم يفرق الأصحاب بين كون المستأجر وقف ما بناه أولا. مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً، فإن لم تترك بالأجرة، فيتوجه أن لايبطل الوقف مطلقا.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله – فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجدًا، أو بناء وقفه عليه: متى فرغت المدة وانهدم البناء: زال حكم الوقف. وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها. وما دام البناء قائما فيها فعليه أجرة المثل، كوقف علو ربع أو دار مسجدًا. فإن وقف علو ذلك لايسقط حق مُلاّك السفل. كذا وقف البناء لايسقط حق ملاك الأرض، وذكر فى الفنون معناه.

قلت: وهو الصواب. ولايسع الناس إلا ذلك.

تنبيهان

أحدهما: محل الخلاف فى هذه المسألة: إذا لم يقلعه المالك. على الصحيح، و لم يشترط أبو الخطاب ذلك.

قال فى القاعدة السابعة والسبعين: فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء. فإذا اختار المستأجر القلع كان له ذلك، ويلزمه تسوية الحفر. صرح به المصنف فى الكافى[(١)] وغيره، والشارح، وغيرهما.

الثانى: يأتى فى باب الشفعة: كيف يقَوَّم الغراس والبناء إذا أخذ من ربه. بعد قوله«وإن قاسم المشترى وكيل الشفيع».

فوائد

إحداها: لو شرط فى الإجارة بقاء الغراس. فهو كإطلاقه. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى وغيره.

---

(١) ذكره فى الكافى بنصه وتمامه (الكافى ٢/١٨٤).

وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفروع، والفائق.

وقيل: يبطل. وهو احتمال للمصنف.

وقال فى الفائق، قلت: فلو حكم ببقائه بعد المدة قسراً بأجرة مثله: لم يصادف محلا.

الثانية: لو غرس، أو بنى مشترٍ، ثم فسخ البيع بعيب: كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع، وضمان النقص، وتركه بالأجرة. على الصحيح من المذهب، وقدمه فى الفروع وغيره.

وقال فى المحرر، والرعاية، والحاوى الصغير، وغيرهم: له أخذه بقيمته، أو قلعه وضمان نقصه.

وقال الحلوانى: ليس له قلعه.

وقيل: ليس له قلعه، ولا أخذه بقيمته.

وتقدم إذا غرس المحجور عليه، أو بنى، ثم أخذت الأرض وحكمه فى بابه فى كلام المصنف..

وأما البيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشترى، أو بنى: فالصحيح من المذهب: أن حكمه حكم المستعير إذا غرس أو بنى. على مايأتى فى بابه. ذكره القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول، والمصنف فى المغنى(٣) فى الشروط فى الرهن، لتضمنه إذناً. وقدمه فى الفروع.

وقال صاحب المحرر: لا أجرة.

ويأتى فى باب الغصب: إذا غرس المشترى من الغاصب وهو لا يعلم بعض أحكام غرس الغاصب.

ويأتى أيضًا بعد ذلك فى كلام المصنف «إذا اشترى أرضًا فغرس فيها ثم خرجت مستحقة» مستوفى فى المكانين.

وقال القاضى فى المجرد: لو غارسه على أن الأرض والغراس بينهما، فله أيضاً تبقيته بالأجرة.

---

(١) قاله فى المغنى: (سواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة أو أطلق) المغنى (٦/٦٦).

(٢) وكذلك فى الشرح (٦/١٤١).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه المغنى (٤/٤٣١).

قال فى الفروع: ويتوجه فى الفاسد وجه كغصب. لأنهم ألحقوه به فى الضمان

الثالثة: قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَ قَلْعَهُ لَزِمَهُ ذَلِكَ﴾. بلا نزاع.

لكن لا يجب على صاحب الأرض غرامة نقص الغراس والبناء، ولا على المستأجر تسوية الحفر، ولا إصلاح الأرض إلابشرط.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ بَقَاؤُهُ بِتفْرِيطِ المسْتَأْجِرِ: فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهُ بِالقِيمةِ﴾.

قال فى الرعاية، وقيل: بنفقته: أو تركه بالأجرة.

وهذا بلا نزاع.

وقال فى الرعاية: قلت: وقلعه مجانًا. انتهى.

فهو كزرع الغاصب. قاله الأصحاب. نقله فى القواعد.

لكن لو أراد المستأجر قلع زرعه فى الحال، وتفريغ الأرض: فله ذلك من غير إلزام له به. على الصحيح من المذهب. جزم به فى المغنى[1]، والشرح[2]. وقدمه فى الفروع، والقواعد. وهو المذهب. بلا ريب.

وقال القاضى وابن عقيل: يلزمه ذلك.

قال فى القواعد: وليس بجار على قواعد المذهب.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ: لَزِمَهُ تَرْكُهُ بِالأُجْرَةِ﴾.

يعنى: له أجرة مثله لما زاد. بلا نزاع.

فائدة: لو اكترى أرضاً لزرع مدة لايكمل فيها، وشرط قلعه بعدها: صح. وإن شرط بقاءه ليدرك: فسدت بلا نزاع فيهما.

وإن سكت فسدت أيضًا، على الصحيح من المذهب، قدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى.

وقيل: يصح. وأطلقهما فى المغنى[3]، والشرح[4].

---

(١) ذكره فى المغنى (فقال: فله ذلك لأنه يزيل الضرر ويسلم الأرض على الوجه الذى اقتضاه العقد). المغنى (٦/٦٤).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (الشرح ٦/١٤٤).

(٣) ذكر الاحتمالين فى المغنى (فقال: احتمل أن يصح لأن الانتفاع بالزرع فى هذه المدة ممكن واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض فى زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه مثل أن يزرعها شعيرا يأخذه فلا صح العقد لأن الانتفاع بها فى بعض ما اقتضاه العقد ممكن وإن لم يكن كذلك لم يصح). المغنى (٦/٦٥).

(٤) ذكر الاحتمالين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٦/١٤٥).

وقال فى الرعاية الكبرى: يحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بها فى زرع، ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه: صح العقد، وإلا فلا. انتهى. وهو فى المغنى[١]، والشرح[٢].

فعلى المذهب: لو زرع فيما شرط بقاؤه ليدرك: لزمه أجرة المثل.

وعلى القول بالصحة فيما إذا سكت: لو انقضت المدة والزرع باق، فقيل: حكمه حكم زرع بقاؤه بتفريط المستأجر على ما تقدم.

وقدمه فى الرعاية الكبرى. فقال: وقيل: إن سكت: صح العقد. فإذا فرغت المدة والزرع باق، فهو كمفرط. وقيل: لا. انتهى.

وقيل:حكمه حكم زرع بقاؤه بعد فراغ المدة من غير تفريط. على ما تقدم.

وأطلقهما فى المغنى[٣]، والشرح[٤]، والفروع.

قوله: ﴿وَإِذَا تَسَلَّمَ العَيْنَ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ حَتَّى انْقَضَتِ المدَّة فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ المِثْلِ، سَكَنَ أَوَلَمْ يَسْكُنْ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الوجيز. وقدمه فى الفروع، والفائق.

وقيل: لا أجرة عليه إن لم ينتفع، وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، وأطلقهما فى المغنى[٥]، والشرح[٦].

وقال القاضى فى التعليق: يجب المسمى فى نكاح فاسد، فيجب أن نقول مثله فى الإجارة. وعلى أن القصد فيها العوض. فاعتبارها فى الأعيان أولى.

وقال فى الروضة: هل يجب المسمى فى الإجارة الفاسدة، أم أجرة المثل - وهى الصحيحة -؟ فيه روايتان.

فائدة: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يلزمه أجرة إذا لم يتسلمها ولو بذلها له المالك. وهو صحيح، ولا خلاف فيه.

---

(١) ذكره فى المغنى على الاحتمال الثانى فى النقطه ١. المغنى (٦/٦٥).
(٢) ذكره فى الاحتمال الثانى فى الشرح كما فى المغنى. الشرح [٦/١٤٥].
(٣) المغنى (٦/٦٥).
(٤) الشرح (٦/١٤٥).
(٥) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال: (فعن أحمد روايتان - إحداهما:- عليه أجر المثل لمدة بقائها فى يده لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاها. والثانية: لا شىء له لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد) المغنى (٦/١٧).
(٦) ذكر أيضًا صاحب الشرح الروايتين كما فى المغنى. الشرح (٦/١٤٦).

قوله: ﴿وَإِن اكْتَرَى بِدَرَاهِمٍ، وَأَعْطَاهُ عَنْهَا دَنَانِيرَ، ثُمَّ انْفَسَخَ العَقْدُ: رَجَعَ المسْتَأْجَرُ بِالدَّرَاهِمِ﴾.

لا أعلم فيه خلافاً. وجزم به في المغني، والشرح[1]، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم من الأصحاب. وتقدم نظير ذلك.

* * *

باب السبق

قوله: ﴿يَجُوزُ المسَابَقَةُ عَلَى الدَّوابِّ، وَالأَقْدَامِ، وَسَائِرِ الحَيَوَانَاتِ وَالسُّفُنِ، وَالمزَارِيقِ وَغَيْرِهَا﴾.

يعني يجوز ذلك بلا عوض، وهذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب[2]، وقطع به كثير منهم.

وقال الآمدى: يجوز في ذلك كله إلا بالحمام.

وقيل: لا بالحمام والطير.

وقال في الرعاية الكبرى: ويصح السبق بلا عوض على أقدام، وبغال، وحمير.

وقيل: وبقر، وغنم، وطيور، ورماح، وحراب، ومزاريق، وشخوت، ومناجيق، ورمى أحجار، وسفن، ومقاليع.

وقال في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: وفي الطيور وجهان.

ويأتي كلامه في الروضة.

وقال في الفروع: وكره أبو بكر الرمى عن قوس فارسية.

وقال في الفائق: ومنع منه أبو بكر.

---

(١) ذكره في الشرح – فقال (لأن العقد إذا أنفسخ رجع كل واحد من المتعاقدين في العوض الذى بذله وعوض العقد هو الدراهم فكان الرجوع بها والدنانير وإنما أخذها المؤجر بعقد آخر سوى الإجارة ولم يفسخ فأشبه ما إذا قبض الدارهم ثم صرفها بالدنانير). الشرح (١٤٦/٦).

(٢) ذكرها في المغنى فقال (المسابقه جائزة بالسنة والإجماع أما السنة فروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم (سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى تنبية الوراع وين التى لم تضمر من تنبيه الوراع إلى مسجد بنى زريق) متفق عليه وأجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة) المغنى (١٢٧/١١) والشرح (١٢٧/١١) والكافى (١٨٩/٢). والمحرر (٣٥٨/١).

فائدتان

إحداهما: فى كراهة لعب غير معين على عدو: وجهان. وأطلقهما فى الفروع.

قلت: الأولى الكراهة. اللهم إلا أن يكون له فى ذلك قصد حسن.

قال فى المستوعب: وكل ما يسمى لعبا مكروه، إلا ما كان معيناً على قتال العدو، ذكره ابن عقيل واقتصر عليه.

وذكر فى الوسيلة: يكره الرقص واللعب كله، ومجالس الشعر.

وذكر ابن عقيل وغيره: يكره لعبه بأرجوحة ونحوها.

وقال أيضًا: لايمكن القول بكراهة اللعب مطلقًا.

وقال الآجرى فى النصيحة: من وثب وثبة مرحًا ولعبًا بلا نفع، فانقلب، فذهب عقله: عصى، وقضى الصلاة.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: يجوز ما قد يكون فيه منفعة بلا مضرة.

قال فى الفروع: وظاهر كلامه: لايجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة.

وقال الشيخ تقى الدين أيضًا: كل فعل أفضى إلى محرم كثيرًا: حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة، لأنه يكون سببًا للشر والفساد.

وقال أيضًا: وما ألهى وشغل عما أمر الله به: فهو منهى عنه، وإن لم يحرم جنسه. كبيع وتجارة ونحوها.

الثانية: يستحب اللعب بآلة الحرب، قال جماعة: والثقاف.

نقل أبو داود: لا يعجبنى أن يتعلم بسيف حديد، بل بسيف خشب.

وليس من اللهو المحرم: تأديب فرسه، وملاعبة أهله، ورميه عن قوسه. للحديث الوارد فى ذلك.

وقال الزركشى: ويجوز الصراع، ورفع الحجارة، ليعرف الأشد.

قوله: ﴿وَلاَ يَجُوزُ بِعَوَضٍ إِلاَّ فِي الْخَيْلِ وَالإِبِلِ وَالسِّهَامِ﴾.

هذا المذهب[(1)] بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم.

---

(١) قال فى المغنى: (لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها وفي العوض فيها مبالغة فى الإجتهاد وفى النهاية لها والأحكام لها وقال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ الآية وقال النبى صلى الله عليه وسلم (ألا إن القوة الرمى ألا إن القوة الرمى) ثم روى فى المغنى أحاديث أخرى المغنى (١١/١٢٧). الشرح (١١/١٢٨) الكافى (٢/١٨٩). المحرر (١/٣٥٨) العمده (٢٦٣).

وذكر ابن البنا وجهًا: يجوز بعوض فى الطير المعدة لأخبار الأعداء. انتهى.

وذكر فى النظم وجهًا بعيدًا يجوز بعوض فى الفيلة.

وقد«صارع النبى ﷺ ركانة على شاة. فصرعه ثم عاد مراراً فصرعه. فأسلم. فرد عليه غنمه» رواه أبو داود فى مراسيله.

قال فى الفروع: وهذا وغيره مع الكفار: من جنس جهادهم، فهو فى معنى الثلاثة المذكورة، فإن جنسها جهاد، وهى مذمومة إذا أريد بها الفخر والخيلاء والظلم.

والصراع، والسبق بالإقدام ونحوهما: طاعة إذا قصد بها نصر الإسلام، وأخذ العوض عليه أخذ بالحق. فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما يعين على الدين، كما فى مراهنة أبى بكر الصديق رضى الله عنه.

واختار هذا كله الشيخ تقى الدين رحمه الله، وذكر أنه أحد الوجهين عندنا، معتمداً على ما ذكره ابن البنا.

قال فى الفروع: فظاهره جواز المراهنة بعوض فى باب العلم، لقيام الدين بالجهاد والعلم.

وهذا ظاهر اختيار صاحب الفروع. وهو حسن.

وقال فى الروضة: السبق يختص بثلاثة أنواع: الحافر. فيعم كل ذى حافر، والخف. فيعم كل ذى خف، والنصل. فيختص النشاب والنبل، ولا يصح السبق والرمى فى غيرها مع الجعل وعدمه.

قال فى الفروع: كذا قال. ولتعميمه وجه. ويتوجه عليه تعميم النصل. انتهى.

فائدة: قوله: ﴿ فِي الشُّرُوطِ: أَحَدُهَا: تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ. يعنى بالرؤية: وَالرُّمَاةِ سَوَاءٌ كَانَا اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ﴾. بلا نزاع.

لكن قال فى الترغيب : فى عدد الرماة وجهان .

قوله الثَّانِي: ﴿أَنْ يَكُونَ الْمَرْكُوبَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ . فَلاَ يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِيٍّ وَهَجِينٍ ﴾.

وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به فى المحرر[1]، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والفروع، والنظم،

---

(١) قاله فى المحرر: (تصح بشرط تعيين المركوبين والراعين) (٣٥٨/١).

والزركشى، وغيرهم.

ويحتمل الجواز. وهو وجه اختاره القاضى. ذكره فى الفائق، وأطلقهما فى. المغنى[١]، والشرح[٢]، والفائق.

قال فى الهداية، ومن تابعه: ويتخرج الجواز، بناء على تساويهما فى السهم.

وقال فى الترغيب: وتساويهما فى النجابة والبطالة وتكافئهما.

قوله: ﴿وَلاَ بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِىٍّ وَفَارِسِىٍّ﴾.

وهو المذهب. جزم به فى المحرر[٣]، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والزركشى. وقال: هذا المذهب.

﴿وَيَحْتَمِلُ الجَوَازَ﴾. وهو وجه اختاره القاضى، وأطلقهما فى المغنى[٤]، والبلغة والشرح[٥]، والفروع، والفائق.

فائدتان

إحداهما: يجوز الرمى بالقوس الفارسية من غير كراهة. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب.

وقال أبو بكر: لايجوز. قاله فى الفائق.

وقال فى الفروع: وكرهه أبو بكر. كما تقدم أول الباب.

الثانية: إذا عقد النضال، ولم يذكرا قوسا: صح فى ظاهر كلام القاضى. ويستويان فى العربية أو غيرها.

وقال غيره: لا يصح حتى يذكرا نوع القوس الذى يرميان عنه فى الابتداء.

قوله: ﴿وَمَدَى الرَّمْيِ بِماَ جَرَتْ بِهِ العَادَةُ﴾.

---

(١) ذكر الوجهين صاحب المغنى (أحدهما:- لايصح ذكره أبو الخطاب لأن التفاوت بينهما فى الجرى معلوم بحكم العادة فاختلف الجنسين - الثانى:- يصح، ذكره القاضى لأنهما من جنس واحد وقد سبق كل واحد منهما الآخر والضابط الجنس) المغنى (١١/١٣٨).

(٢) ذكر الوجهين أيضًا صاحب الشرح كما فى المغنى. الشرح (١١/١٣٢).

(٣) ذكره فى المحرر (١/٣٥٨).

(٤) ذكر الاحتمال صاحب المغنى رواية عن أحمد. انظر المغنى (١١/١٥٧).

(٥) ذكر الاحتمال صاحب الشرح رواية عن أحمد. انظر الشرح (١١/١٣٣).

قال المصنف وغيره: يعرف ذلك إما بالمشاهدة أو بالذراع، نحو مائة ذراع أو مائتى ذراع، ومالم تجر به العادة – وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع – فلا يصح.

وقد قيل: إنه ما رمى فى أربعمائة ذراع، إلا عقبة بن عامر الجهنى رضى الله تعالى عنه.

فائدة: لا يصح تناضلهما على أن السبق لأبعدهما رمياً. على الصحيح من المذهب. زاد فى الترغيب: من غير تقدير.

وقيل: يصح. اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله. قاله فى الفائق. وهو المعمول به عند الرماة الآن فى أماكن كثيرة.

قوله: ﴿الثانى: أَنْ يَكُونَ العِوَضُ مَعْلُومًا مُبَاحا﴾. بلانزاع[1].

لكنه تمليك بشرط سبقه. فلهذا قال فى الانتصار فى شركة العنان: القياس لايصح.

قوله: ﴿فَإِنْ أَخْرجَا مَعًا: لَمْ يَجُزْ، إِلاَّ أَنْ يُدْخِلاَ بَيْنَهُماَ مُحَلِّلاً﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: يجوز من غير محلل.

قال: وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما، وأبلغ فى تحصيل مقصود كل منهما. وهو بيان عجز الآخر، وأن الميسر والقمار منه لم يحرم لمجرد المخاطرة. بل لأنه أكل للمال بالباطل، أو للمخاطرة المتضمنة له. انتهى.

واختاره صاحب الفائق.

قوله: ﴿يُكَافِئُ فَرَسُهُ فَرَسَيْهِماَ، أَوْ بَعِيرُهُ بَعِيرَيْهِمَا، أَوْ رَمْيُهُ رَمْيَهِماَ. فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَحْرَزَ سَبْقَيْهِماَ.وان سبقاه أحرزا سبقيهما ولم يأخذا منه شيئاً. وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُماَ: أَحْرَزَ السَّبْقَيْنِ. وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ المُحَلِّلُ: فَسَبْقُ الآخَرُ بَيْنَهُماَ﴾. بلا نزاع فى ذلك كله.

تنبيه: ظاهر قوله «إلا أن يدخلا بينهما محللا» الاكتفاء بالمحلل الواحد. ولايكون أكثر من واحد. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

قال الآمدى: لا يجوز أكثر من واحد، لدفع الحاجة به.

---

(١) قاله فى الشرح: (لأنه مال فى عقد فوجب العلم به كسائر العقود إما بالمشاهدة أو بالقدر أو بالصفة) الشرح (١٣٤/١١) والمحرر (٣٥١/١). والعده (٢٦٤) والكافى (١٩٠/٢).

وقال فى الرغاية: وقيل: يجوز أكثر من واحد. وجزم به فى الكافى

قوله: ﴿وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعِمُ السَّبَقَ أَصْحَابَهُ، أَوْ غَيْرَهُمْ: لَمْ يَصِحّ الشَّرْطُ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: يصح شرط السبق للأستاذ، ولشراء قوس. وكراء حانوت، وإطعامه للجماعة. لأنه مما يعين على الرمى.

قوله: ﴿وَفِي صِحَّةِ الْمسَابَقِة وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير، وغيرهم.

أحدهما: يصح. وهو الصحيح من المذهب. صححه فى التصحيح، والنظم، وغيرهما. واختاره المصنف، والشارح، وابن عبدوس فى تذكرته، وغيرهم، وقدمه فى الخلاصة، والمغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والرعاية الصغرى، وغيرهم.

والوجه الثانى: لايصح. قدمه فى الرعاية الكبرى.

قوله: ﴿وَالمسَابَقَةُ جَعَالَةٌ﴾.

هذا المذهب. اختاره ابن حامد، وغيره. وصححه فى النظم، وغيره. وجزم به فى الوجيز، وغيره، وقدمه فى المغنى[(٣)]، والكافى[(٤)]، والشرح[(٥)]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وتجريد العناية، وغيرهم.

وقيل: هى عقد لازم ليس لأحدهما فسخه، ذكره القاضى، فهى كالإجارة لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين، وأحد الراميين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب.

وفى الترغيب: احتمال بعدم اللزوم فى حق المحلل وحده. لأنه مغبوط، كمرتهن

---

(١) قال فى المغنى: (ولا يفسد العقد لأنه عقد لاتقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح) المغنى (١٣٢/١١).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى: الشرح (١٤٠/١١).

(٣) ذكره فى المغنى (١٣٥/١١).

(٤) ذكره فى الكافى (١٨٩/٢).

(٥) ذكره فى الشرح (١٤١/١١).

فعلى المذهب: لكل واحد منهما فسخها، إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فيكون له الفسخ دون صاحبه.

وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين. ولا يؤخذ رهن، ولا كفيل بعوضهما.

وقال في المذهب، ومسبوك الذهب، وغيرهما - على هذا الوجه: يجوز فسخه، والامتناع منه، والزيادة في العوض. زاد غيرهم: وأخذه به رهناً أو كفيلاً.

قوله: ﴿وَعَلَى القَوْلِ بِلُزُومِهَا: لَيْسَ لأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا. لَكِنَّهَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ المَرْكُوبَيْنِ وَأَحَدِ الرَّامِيَيْنِ. وَلاَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّاكِبَيْنِ وَلاَ تَلَفِ أَحَدِ القَوْسَيْنِ﴾.

وهذا بلا خلاف على هذا القول .

وقوله : ﴿وَيَقُومُ وَارِثُ المَيِّتِ مَقَامَهُ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ مِنْ تَرِكَتِهِ﴾.

هذا إذا قلنا: إنها لازمة.

فأما إن قلنا: إنها جائزة، فظاهر كلام المصنف: أن وارثه لايقوم مقامه. ولا يقيم الحاكم من يقوم مقامه، وهو أحد الوجهين.

قلت: هذا المذهب. وهو كالصريح المقطوع به في كلام كثير من الأصحاب لقطعهم بفسخها بموت أحد المتعاقدين، على القول بأنها عقد جائز. كما قطع به المصنف فيما تقدم، وغيره من الأصحاب، وهو ظاهر كلامه في الحاوي.

والوجه الآخر: وارثه كهو في ذلك ثم الحاكم. جزم به ابن عبدوس في تذكرته. وهو ظاهر كلامه في الرعاية الصغرى، والفائق، وهو كالصريح في البلغة. وصرح به في الكافي(١). وجزم به فيه.

لكن جعل الوارث بالخيرة في ذلك. وهو ظاهر ما قطع به في المستوعب، وأطلقهما في الفروع.

قال في الفروع، والبلغة: ولا يجب تسليم العوض فيه قبل العمل، ولو قلنا بلزومه. على الأصح. بخلاف الأجرة. بل يبدأ بتسليم العمل قبل العوض.

---

(١) ذكره في الكافي (٢/١٩١).

قوله: ﴿وَالسَّبَقُ فِي الْخَيْلِ: بِالرَّأْسِ إِذَا تَمَاثَلَتِ الأَعْنَاقُ. وَفِي مُخْتَلِفِي الْعُنُقِ وَالإِبِلِ: بِالكَتِفِ﴾.

وكذا قال فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن منجا، والفائق، والنظم، وغيرهم.

وقال فى الفروع: والسبق بالرأس فى متماثل عنقه وفى مختلفه وإبل: بكتفه، وكذا قال فى الوجيز.

وقال فى المحرر[٣]: والسبق فى الإبل والخيل: سبق الكتف. وتبعه فى المنور.

وقال فى الرعايتين: والسبق فى الخيل بالعنق، وقيل: بالرأس.

زاد فى الكبرى: مع تساوى الأعناق.

ثم قال فيهما: وفى مختلفى العنق والإبل: بالكتف.

زاد فى الكبرى: أو ببعضه. ثم قال فيهما: وقلت فى الكل: بالأقدام. انتهى.

وقال المصنف، والشارح: وإن شرط السبق بأقدام معلومة، كثلاثة أو أكثر أو أقل: لم يصح.

قوله: ﴿وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُجَنِّبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى العَدوِ. وَلاَيَصِيحُ بِهِ فِي وَقْتِ سِبَاقِهِ﴾.

هذا المذهب. أعنى: فعل ذلك محرم، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به أكثرهم.

وقال ابن رزين فى مختصره: يكرهان.

وفسر القاضى الجنب: بأن يجنب فرسا آخر معه. فإذا قصر المركوب ركب المجنوب.

قوله: ﴿فِي المُنَاضَلَةِ: وَيُشْتَرَطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ. أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْيَ. فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الحِزْبَيْنِ مَنْ لاَ يُحْسِنُهُ: بَطَلَ العَقْدُ فِيهِ، وَأُخْرِجَ مِنَ الحِزْبِ الآخَرِ مِثْلُهُ. وَلَهُمُ الفَسْخُ إِنْ أَحَبُّوا﴾.

فظاهره: عدم بطلان العقد. لقوله: «ولهم الفسخ» وهو الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وصححه فى النظم، وغيره.

---

(١) ذكره فى المغنى (١٣٧/١١).

(٢) ذكره فى الشرح (١٤٣/١١).

(٣) ذكره فى المحرر (٣٥٩/١).

قال المصنف، والشارح: وفى بطلان العقد وجهان. بناء على تفريق الصفقة.

وقد علمت قبل: أنه لايبطل العقد فى الباقى. على الصحيح. فكذا هنا.

فوائد

الأولى: لو عقد النضال جماعة ليقتسموا بعد العقد حزبين برضاهم لا بقرعة: صح. على الصحيح من المذهب[1]، جزم به فى الفروع، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم، واختاره القاضى وغيره، وصححه فى الرعاية الكبرى.

قال المصنف، والشارح: ويحتمل أن لايصح، ومالا إليه.

فعلى هذا: إذا تفاصلوا عقدوا النضال بعده.

وعلى المذهب: يجعل لكل حزب رئيس. فيختار أحدهما واحدًا، ثم يختار الآخر آخر حتى يفرغا، وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخيرة اقترعا. ولا يقتسمان بقرعة، ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحدًا. ولا الخيرة فى تميزهما إليه، ولا السبق عليه.

الثانية: لا يشترط استواء عدد الرماة. على الصحيح. صححه فى النظم، وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته.

وقيل: يشترط. وأطلقهما فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وهما وجهان فى الترغيب، واحتمالان فى الرعاية الكبرى، واحتمال وجهين فى الصغرى، والحاوى الصغير.

الثالثة: لا يصح شرط إصابة نادرة. ذكره المصنف، والشارح، وغيرهما، وقدمه فى الفروع.

وذكر فى الترغيب وغيره: أنه يعتبر فيه إصابة ممكنة فى العادة.

قوله: ﴿الثَّالِثُ: مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ: هَلْ هُوَ مُفَاضَلَةٌ، أَوْ مُبَادَرَةٌ؟﴾.

وكذا: هل هو محاطة؟ وهو حط ماتساويا فيه بإصابة من رشق معلوم مع تساويهما فى الرميات. فيشترط معرفة ذلك. على الصحيح من المذهب. جزم به فى

(١) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه يروى أن النبى صلى الله عليه وسلم مرَّ على أصحاب له يتنصلون فقال «ارموا وأنا مع ابن الأدرع فأمسك الأخرون وقالوا : كيف نرمى وأنت مع ابن الأدرع . قال : «ارموا وأنا معكم كلكم» رواه البخارى. ولأنه إذا جاز أن يكونا اثنين جاز أن يكونوا جماعتين لأن المقصود معرفة الحذق وهذا الحاصل فى الجماعتين فجاز كما فى سباق الخيل وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل المضمرة وسبق بين الخيل التى لم تضمر وعلى هذا يكون كل حزب بمنزلة واحد) المغنى (١١/١٤٧) والشرح (١١/١٥١). الكافى (٢/١٩٢).

الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والفائق، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم، وقدمه فى الشرح[(١)].

قال فى الرعاية الكبرى: ويجب بيان حكم الإصابة: هل هى مفاضلة، أو غيرها. وقيل: يستحب. انتهى.

وظاهر كلام القاضى: لايحتاج إلى اشتراط ذلك، لأن مقتضى النضال: المبادرة. قاله المصنف، والشارح.

وقال فى الرعاية الكبرى أيضاً: ويسن أن يصفا الإصابة، فيقولان: خواصل، ونحوه. وقيل: يجب.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالا خَواسِقَ. وَهُوَ مَا خَرَقَ الغَرَضَ وَثَبَتَ فِيهِ﴾.

هكذا قال أكثر الأصحاب[(٢)]، وقدمه فى الرعاية الكبرى.

ثم قال، وقيل: أو مرق، وإن سقط بعد ثقبه، أو خدشه، أو نقبه، ولم يثبت فيه. فوجهان. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ تَشَاحَّا فِي المُبْتَدِىءِ بالرَّمْيِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب[(٣)]، وجزم به فى الوجيز وغيره، وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: يقدم من له مزية بإخراج السبق. اختاره القاضى.

واختار فى الترغيب: أنه يعتبر ذكر المبتدى منهما.

قوله: ﴿وَإِنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ الغَرَضَ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ. فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمْ خَوَاصِلَ: احْتُسِبَ بِهِ. بلا نزاع: وَإِنْ كَانَ خوَاسِقَ: لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ وَلاَ عَلَيْهِ﴾.

هذا المذهب[(٤)]. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة.

وقال القاضى: ننظر، فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض، فثبت فى

---

(١) ذكره فى الشرح (١١/١٤٩).

(٢) لأن المرجع فى المسابقه إلى شرطهما فيعتبر بما شرطاه). الشرح (١١/١٥٣). والمغنى (١١/١٥٢). الكافى (٢/١٩٣).

(٣) قاله فى الشرح (لأنه لابد فى المناضلة من أن يبتدى أحدهما بالرمى لأنهما لو رميا معا أفضى إلى الاختلاف ولم: يعرف المصيب منهما) الشرح (١١/١٥٤). المغنى (١١/١٤٥). الكافى (٢/١٩٦).

(٤) ذكره أيضًا فى الشرح (١١/١٥٦). والمغنى (١١/١٥١). والكافى (٢/١٩٣). والمحرر (١/٣٥٩).

الهدف: احتسب له به، وإلا فلا يحتسب له به ولا عليه.

قوله: ﴿وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ – مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ، أَوْ قَطْعِ وَتَرٍ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ﴾.

ظاهره: أنه يحتسب له به إن أصاب. وهو أحد الأوجه، وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعاية الكبرى، وقدمه فى الفروع.

وقيل: يحتسب عليه بالسهم إن أخطأ.

وقيل: لا يحتسب عليه، ولا له. وهو المذهب، اختاره القاضى وغيره.

قال فى الفروع: وهذا أشهر، وقدمه فى الرعاية الصغرى.

قال فى الرعاية الكبرى: وإن عرض لأحدهما كسر قوس، أو قطع وتر، أو ريح فى يده، أو ردت سهمه عرضاً، فأصاب: حسب له. وإلا فلا.

وقيل:بلى.

قوله: ﴿وَيُكْرَهُ لِلأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَدْحُ أَحَدِهِمَا، لَما فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبِ صَاحِبِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والوجيز، وغيرهم، وقدمه فى الفروع.

وقيل: يحرم. اختاره ابن عقيل.

قلت: وهو قوى فى النظر.

وقال فى الفروع: ويتوجه الجواز فى مدح المصيب، والكراهة فى عيب غيره.

قال: ويتوجه فى شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة، وعيب غيره كذلك. انتهى.

قلت: إن كان مدحه يفضى إلى تعاظم الممدوح، أو كسر قلب غيره: قوى التحريم، وإن كان فيه تحريض على الاشتغال ونحوه: قوى الاستحباب. والله أعلم.

* * *

---

(١) ذكره فى المغنى (١٤٦/١١).

(٢) ذكر أيضًا فى الشرح (١٥٦/١١).

كتاب العارية

قوله: ﴿وَهِيَ هِبَةُ مَنْفَعَةٍ﴾.

هذا أحد الوجهين. جزم به فى الهداية، والخلاصة، والكافى[1]، والهادى والمذهب الأحمد، والوجيز، وإدراك الغاية، وشرح ابن رزين، وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

والوجه الثانى: أنها إباحة منفعة، واختاره ابن عقيل، وصاحب الرعاية الصغرى، وابن عبدوس فى تذكرته، وجزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، والتلخيص، والفائق.

قال الحارثى: وهو أمس بالمذهب.

وقال: اختاره غير واحد، وقدمه فى المستوعب، والرعاية الكبرى، وأطلقهما فى النظم، والفروع.

قال الحارثى: ويدخل على الأول الوصية بالمنفعة، وليس بإعارة.

وقال: الفرق بين القولين: أن الهبة تمليك يستفيد به التصرف فى الشىء. كما يستفيده فيه بعقد المعاوضة. والإباحة: رفع الحرج عن تناول ماليس مملوكا له. فالتناول: مستند إلى الإباحة. وفى الأول: مستند إلى الملك.

وقال فى تعليل الوجه الثانى: فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعارة لاستقل المستعير بالإجارة والإعارة. كما فى المنفعة المملوكة بعقد الإجارة.

تنبيه: قال الحارثى: تعريف المصنف للعارية بما قال، توسع لايحسن استعماله فى هذا المقام. إذ«الهبة» مصدر. والمصادر ليست أعيانًا، و«العارية» نفس العين. وليست بمعنى الفعل.

قال: والأولى إيراد التعريف على لفظ«الإعارة» فيقال: الإعارة هبة منفعة.

فوائد

الأولى: تجب إعارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد غيره، ونقله القاضى فى الجامع الكبير، وخرجه ابن عقيل فى كتب للمحتاج إليها من القضاة

---

(١) عرفها فى الكافى بأنها: (هى هبة المنافع) الكافى (٢/٢١٣).

(٢) عرفها فى المغنى: بأنها إباحة الانتفاع فقال: (إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشىء). المغنى (٥/٣٥٤).

(٣) عرفه صاحب الشرح بإباحة الانتفاع كما فى المغنى. الشرح (٥/٣٥٤).

والحكام، وأهل الفتاوى، وأن ذلك واجب. نقله فى القاعدة التاسعة والتسعين.

قوله: ﴿تَجُوز فِى كُلِّ المَنَافِعِ إلاّ مَنَافِعَ البُضْعِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب فى الجملة. وجزم به فى الهداية، والفصول، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: لا يجوز إعارة كلب الصيد، وفحل الضراب. اختاره ابن عقيل.

ونسبه الحارثى إلى التذكرة. ولم أره فيها فى هذا الباب.

وقيل: لا يجوز إعارة أمة شابة لغير محرم وامرأة. جزم به فى التبصرة، والكافى(١)، والوجيز، وشرح ابن رزين.

وقيل: تجب العارية مع غنى المالك. واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله.

الثانية: يحرم إعارة ما يحرم استعماله لمحرِم. فهذا التحريم لعارض.

الثالثة: يشترط فيها كون العين منتفعاً بها، مع بقاء عينها.

واستثنى الحارثى جواز إعارة العنز وشبهها لأخذ لبنها للنص الوارد فى ذلك. وعلله.

قوله: ﴿وَلاَ يَجُوزُ إِعَارَةُ العَبْدِ المسْلِم لِكَافِرٍ﴾.

يعنى للخدمة. قاله الحارثى. هذا الصحيح من المذهب. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والمغنى(٢)، والشرح(٣)، والوجيز، وغيرهم.

وقال فى الفروع، فى باب الإجارة: لايجوز إجارة مسلم لخدمة ذمى على الأصح. وكذا إعارته.

وقال فى باب العارية: ويجوز إعارة ذى نفع جائز منتفع به مع بقاء عينه إلا البُضع، وما حرم استعماله لمحرم.

وفى التبصرة: وعبدًا مسلمًا لكافر، ويتوجه. كإجارة.

---

(١) قال فى الكافى: (ولاتجوز إعارة الجارية الجميلة لغير ذى محرم منها على وجه يفضى إلى خلوته بها لأنه لايؤمن عليها) الكافى (٢/٢١٣).

(٢) جزم به فى المغنى: فقال (لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك) المغنى (٥/٣٦٠).

(٣) ذكره أيضًا فى الشرح (٥/٣٥٦).

وقيل فيه: بالكراهة وعدمها. انتهى.

وقال فى الرعاية: ولا يعار كافر عبدًا مسلمًا.

وقلت: إن جاز أن يستأجره: جاز إعارته، وإلا فلا.

وقال الحارثى: لا يتخرج هنا من الخلاف مثل الإجارة، لأن الإجارة معاوضة. فتدخل فى جنس البياعات. وهنا بخلافه.

قوله: ﴿وَتُكْرَهُ إعَارَةُ الأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مَحْرِمِهَا﴾.

هذا المذهب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والفائق.

قال فى الفروع: هذا الأشهر. وقدمه فى النظم.

قال الحارثى: قال أصحابنا: يكره تنزيها.

وتقدم قول - جزم به فى التبصرة، والكافى[1]، والوجيز - بتحريمه.

قال ابن عقيل: لا تجوز إجارتها من العزاب.

قلت: وهو الصواب. وقال الناظم:

وأن يستعير المشتهاة أجنبى ... إن تخف خلوة. والحظر لما أبعد

وقال فى المغنى[2]: لا تجوز إعارتها إن كانت جميلة، إن كان يخلو بها أو ينظر إليها

وقال فى التلخيص: إن كانت بَرْزة جاز إعارتها مطلقاً.

قال فى البلغة: تكره إعارة الجارية من غير محرم أو امرأة، إلا أن تكون برزة.

قوله: ﴿وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ، مَالَمْ يَأْذَنْ. أى المعير فى شغله: بِشَىْءٍ يَسْتَضِرُّ المستَعِيرُ بِرُجُوعِهِ﴾.

وهذا المذهب[3] مطلقًا، وعليه الأصحاب فى الجملة.

قال الحارثى: عليه أكثر الأصحاب.

---

(١) الكافى (٢/٢١٣).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه (المغنى (٥/٣٦٠).

(٣) قال فى الشرح: (لما فيه من إضرار بالمستعير مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه أو لوحا يرفع به سفينة فرفعها به ولجج فى البحر لم يجز الرجوع ما دامت فى لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر) الشرح (٥/٣٥٧). المغنى (٥/٣٦٥). المحرر (١/٣٥٩). الكافى (٢/٢١٦).

وعنه: إن عين مدة تعينت.

قال الحارثى: وهو الأقوى.

وعنه: لا يملك الرجوع قبل انتفاعه بها، مع الإطلاق.

قال القاضى: قياس المذهب يقتضيه، ذكره فى التعليق الكبير

قال القاضى: القبض شرط فى لزومها.

وقال أيضًا: يحصل بها الملك مع عدم قبضها.

وقال ابن عقيل فى مفرداته، فى ضمان المبيع المتعين بالعقد: الملك أبطأ حصولا وأكثر شروطًا من الضمان، بإباحة الطعام بتقديمه إلى مالكه، وضمان المنفعة بعارية العين، ولا ملك، فإذا حصل بالتعيين هذا الإبطاء. فأولى حصول الإسراع. وهو الضمان.

قال الحارثى: وقال القاضى، وابن عقيل، والمصنف: له الرجوع قبل الانتفاع، حتى بعد وضع الخشب، وقبل البناء عليه.

قال: وهو مشكل على المذهب جدًا، فإن المالك لا يملك الامتناع من الإعارة ابتداء. فكيف يملكه بعد؟ اللهم إلا أن يحمل على حالة ضرر المالك أو حاجته إليه. انتهى.

قلت بتصور ذلك فى غير ما قال. وهو: حيث لم تلزم الإعارة لتخلف شرط أو وجود مانع. على ما تقدم.

فائدة: قال أبو الخطاب: لايملك مكيل وموزون بلفظ العارية، وإن سلم، ويكون قرضًا. فإنه يملك به وبالقبض.

وقال فى الانتصار: لفظ«العارية» فى الأثمان قرض.

وقال فى المغنى، والشرح: وإن استعارهما للنفقة: فقرض.

وقيل: لايجوز.

ونقل صالح: منحة لبن: هو العارية. ومنحة ورق: هو القرض.

وذكر الأزجى خلافًا فى صحة إعارة دراهم ودنانير للتجمل والزينة.

وقال فى التلخيص، والرعاية، وغيرهما: يصح إعارة أحد النقدين للوزن والتزيين.

زاد فى الرعاية: لتزيين امرأة، أو مكان.

وقال في القاعدة الثامنة والثلاثين: لو أعاره شيئًا وشرط عليه العوض. فهل يصح أم لا؟ على وجهين.

أحدهما: يصح. ويكون كناية عن القرض. فيملك بالقبض إذا كان مكيلا أو موزونًا. ذكره في الانتصار، والقاضي في خلافه.

وقال أبو الخطاب في رءوس المسائل، في موضع: يصح عندنا شرط العوض في العارية. انتهى.

والوجه الثاني: تفسد بذلك.

وجعله أبو الخطاب في موضع آخر المذهب، لأن العوض يخرجها عن موضوعها.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ: لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيِّتُ﴾.

هذا المذهب[١]. وعليه جماهير الأصحاب ،وقطع به كثير منهم، وقدمه في الفروع وغيره، وقيل: حتى يبلى ويصير رميما.

وقال ابن الجوزي: يخرج عظامه، ويأخذ أرضه.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشَبِهِ: لَمْ يَرْجِعْ مَادَامَ عَلَيْهِ﴾.

هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب.

وفيه احتمال بالرجوع، ويضمن نقصه.

قوله: ﴿فَإِنْ سَقَطَ عَنْهُ لِهَدْمٍ أَوْغَيْرِهِ: لَمْ يَمْلِكْ رَدَّهُ﴾.

هذا المذهب. سواء أعيد الحائط بآلته الأولى، أو بغيرها. جزم به في الشرح[٢]، وشرح ابن منجا، والفروع، والهداية والمذهب، والمستوعب، والحاوي الصغير، والنظم، والفائق، والمحرر[٣]، وغيرهم.

قال الحارثي: قاله المصنف، والقاضي، وابن عقيل في آخرين من الأصحاب.

قال: وقال القاضي، والمصنف، في باب الصلح: له إعادته إلى الحائط.

قال: وهو الصحيح اللائق بالمذهب، لأن البيت مستمر، فكان الاستحقاق مستمراً.

---

(١) ذكره في المغني (٣٦٥/٥)و الشرح (٣٥٨/٥)و الكافي (٢١٦/٢)و المحرر (٣٥٩/١).

(٢) قاله في الشرح: (سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لأن العارية لا تلزمه وإنما امتنع الرجوع قبل أنهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال بانهدامه وسواء زال الخشب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الخشب والحائط بحاله) الشرح (٣٥٨/٥).

(٣) قال في المحرر: (لم يجز رده إلا بإذنه) المحرر (٣٥٩/١).

قوله: ﴿وَإنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلزَّرْعِ: لَمْ يَرْجِعْ إِلَى الحَصَادِ، إلاّ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلا. فَيَحْصُدُهُ في وقت قصله عرفًا﴾. بلا نزاع.

ويأتى حكم الأجرة من حين رجوعه.

قوله : ﴿وَإنْ أَعَارَهَا لِلْغَرْسِ وَالبِنَاءِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ القَلْعَ فِي وَقْتٍ ، أَوْعِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ : لَزِمَهُ القَلْعُ .بلا نزاع مجاناً﴾.

قوله: ﴿وَلاَ يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الأَرْضِ إلاّ بِشَرْطٍ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، والحارثى فى شرحه، وغيرهم، وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: يلزمه، وجزم به فى المستوعب، وأطلقهما فى الرعاية الكبرى.

وإن شرط على المستعير القلع، وشرط عليه تسوية الأرض: لزمه مع القلع تسويتها، قطع به الأصحاب.

وإن شرط عليه القلع، و لم يشترط عليه تسوية الأرض: لم يلزمه تسويتها. على الصحيح من المذهب. قطع به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمغنى[1]، والشرح[2]، والوجيز، وشرح الحارثى، والقواعد الفقهية، وشرح ابن رزين، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم.

قال فى الفروع: ولا يلزم المستعير تسوية الحفر.

قال جماعة: وقيل: يلزمه والحالة هذه.

قال فى القواعد: إن شرط المعير عليه قلعه: لزمه ذلك، وتسوية الأرض، وأطلقهما فى الرعاية الكبرى.

قوله: ﴿وَإنْ لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهِ القَلْعَ: لَمْ يَلْزَمْهُ، إلاّ أَنْ يَضْمَنَ المعِيرُ النَّقْصَ﴾.

وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال (أما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فإن كانت مشروطة عليه لزمه وإلا لم يلزم لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ونحوه). المغنى (٣٦٨/٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٣٥٩/٥).

وعند الحلوانى: لايضمن النقص.

قوله: ﴿فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْهِ تسْوِيَةُ الأَرْضِ﴾.

يعنى: إذا قلعه المستعير، والحالة ما تقدم، فعليه تسوية الأرض. ولم يشترط عليه المعير القلع، فعليه تسوية الأرض. وهذا أحد الوجهين.

واختاره جماعة. منهم: المصنف فى الكافى[١]. وجزم به فيه، وفى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والوجيز، وغيرهم. وهو احتمال فى المغنى[٢]، وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع، وقدمه فى الشرح[٣]، وهذا المذهب. على ما اصطلحناه فى الخطبة.

والوجه الثانى: لا يلزمه تسوية الأرض. اختاره القاضى، وابن عقيل. وقطع به فى المستوعب.

قال فى الفروع: ولا يلزم المستعير تسوية الحفر. قاله جماعة كما تقدم.

فإن قال ذلك بعد ما ذكر شرط القلع وعدم شرطه. وقدمه ابن رزين فى شرحه. وأطلقهما فى القاعدة الثامنة والسبعين.

وعند المصنف: لا يلزمه تسوية الأرض إلا مع الإطلاق.

قوله: ﴿فَإِنْ أَبَى القَلْعَ فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيمتِهِ﴾.

يعنى إذا أبى المستعير القلع فى الحال التى لايجبر فيها: فللمعير أخذه بقيمته. نص عليه فى رواية مهنا، وابن منصور.

وكذا نقل عنه جعفر بن محمد، لكن قال فى روايته: يتمسكه بالنفقة.

قال الحارثى: ولا بد من رضى المستعير. لأنه بيع، وهو الصحيح، فإن أبى ذلك - يعنى المعير - من دفع القيمة، وأرش النقص، وامتنع المستعير من القلع، ودفع الأجر: بيعا لهما، فإن أبيا البيع ترك بحاله.

قال فى الرعاية الكبرى: فإن أبياه بقى فيها مجاناً فى الأصح ، حتى يتفقا .

وقلت : بل يبيعهما الحاكم . انتهى.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال: (لأن القلع بإختياره لو إمتنع منه لم يجبر عليه لأنه فعله لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية). الكافى (٢/٢١٥).

(٢) ذكره فى المغنى (٥/٣٦٨).

(٣) ذكره فى الشرح (٥/٣٥٩).

فلو أبى أحدهما. فهل يجبر على البيع مع صاحبه؟ فيه وجهان. وأطلقهما في المحرر[١]، والفروع، والفائق، والنظم.

أحدهما: يجبر. قال في الرعايتين، والحاوى الصغير: أجبر في أصح الوجهين وجزم به في الوجيز. وهو ظاهر كلام المصنف هنا.

والوجه الثاني: لا يجبر. صححه الناظم، وتجريد العناية، وتصحيح المحرر.

فائدة: يجوز لكل واحد منهما بيع ماله منفرداً لمن شاء. على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب.

وقيل: لا يبيع المعير لغير المستعير.

قوله: ﴿وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَيْهِ أُجْرَةً مِنْ حِينِ الرُّجُوعِ﴾.

يعنى: فيما تقدم. من الغراس والبناء.

قوله: ﴿وَذَكَرُوا عليه أُجْرَةً فِي الزَّرْعِ. وَهَذَا مِثْلُهُ. فَيُخَرَّجُ فِيهِمَا. وَفِي سَائِرِ المسَائِلِ وَجْهَانِ﴾.

ذكر الأصحاب: أن عليه الأجرة في الزرع من حين الرجوع. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. منهم القاضى، وأصحابه.

واختار المجد في المحرر[٢]: أنه لا أجرة له. وخرجه المصنف هنا وجهًا.

قال في القواعد: ويشهد له ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية صالح. وصححه الناظم، والحارثى، وتصحيح المحرر. وجزم به في الوجيز.

وأما الغراس، والبناء والسفينة إذا رجع وهى في لجة البحر، والأرض إذا أعارها للدفن، ورجع قبل أن يبلى الميت، والحائط إذا أعاره لوضع أطراف الخشب عليه ورجع، ونحوذلك: فلم يذكر الأصحاب أن عليه أجرة من حين الرجوع

وخرج المصنف في ذلك كله من الأجرة في الزرع وجهين.

وجه بعدم الأجرة. وهو ظاهر كلام الأصحاب، وقدمه في الرعايتين، ومال الحارثى إلى عدم التخريج. وأبدى فرقا.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال: (ومن طلب منهما أن يبيع الآخر معه فهل يجبر؟ يحتمل وجهين). المحرر (٣٦٠/١).

(٢) قال فى المحرر: (وإلا لزمه تركه إلى الحصاد بلا أجرة عندى). المحرر (٣٦٠/١).

ووجه بوجوبها. قياسًا على ما ذكره في الفروع، وأطلق هذين الوجهين في الفائق، والحاوي الصغير.

وخرجه بعضهم في الغراس والبناء لاغير.

وخرجه بعضهم في الجميع. أعني: وجوب الأجرة في الجميع.

وجزم في المحرر(١): أنه لا أجرة بعد رجوعه في مسألة إعارة الأرض للدفن، والحائط لوضع الخشب، والسفينة.

وجزم في التبصرة بوجوب الأجرة في مسألة السفينة.

واختاره أبو محمد يوسف الجوزي فيما سوى الأرض للدفن.

قوله: ﴿وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ، فَنَبَتَ فِيهَا. فَهُوَ لِصَاحِبِهِ مُبَقًّى إِلَى الحَصَادِ بِأُجْرَةِ مِثْلِهِ﴾. وهو المذهب.

قال في الرعايتين، والفروع: فلصاحب الأرض أجرة مثله، في الأصح. وصححه في النظم، والحارثي. وجزم به في الوجيز. ونص عليه.

قال في القاعدة التاسعة والسبعين: لو حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت بها. فهل يلحق بزرع الغاصب، أو بزرع المستعير، أو المستأجر من بعد انقضاء المدة؟ على وجهين. أشهرهما: أنه كزرع المستعير. وهو اختيار القاضي، وابنه أبي الحسين، وابن عقيل.

وذكره أبو الخطاب عن الإمام أحمد رحمه الله. وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني(٢)، والشرح(٣)، والفائق، والتلخيص.

فعلى هذا: قال القاضي: لا أجرة له. واختاره ابن عقيل أيضًا. ذكره في القواعد.

وقيل: له الأجرة. وذكره أبو الخطاب أيضًا عن الإمام أحمد رحمه الله. وأطلقهما في القواعد.

قوله: ﴿وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لِصَاحِبِ الأرض أَخْذَهُ بِقِيمَتِهِ﴾.

قال في الهداية، ومن تابعه: وقيل: هو لصاحب الأرض. وعليه قيمة البذر.

---

(١) ذكره في المحرر (١/٣٥٩).

(٢) قاله: في المغني (قال ذكره إذا ثبت هذا فإنه يقر في الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله لأن قلعه إتلاف للمال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولايدوم ضرره فلا يجبر على ذلك) المغني (٥/٣٦٩).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغني (الشرح ٥/٣٦٢).

وزاد في الرعايتين: وقيل: بل قيمته إذن.

زاد في الكبرى: ويحتمل أنه كزرع غاصب.

وتقدم كلام صاحب القواعد.

وتقدم في آخر المساقاة«إذا نبت الساقط من الحصاد في عام قابل: أنه يكون لـرب الأرض، على الصحيح من المذهب».

قوله: ﴿وَإِنْ حَمَلَ غَرْسَ رَجُلٍ فَنَبَتَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ. فَهَلْ يَكُونُ كَغَرْسِ الشَّفِيعِ، أَوْ كَغَرْسِ الغَاصِبِ؟ على وجهين﴾.

وأطلقهما في المغنى[1]، والشرح[2].

أحدهما: يكون كغرس الشفيع. على ما يأتي في بابه. وهو المذهب.

قال الناظم: هذا الأقوى. وقدمه في الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

الوجه الثاني: هو كغرس الغاصب. على ما يأتي في بابه، جزم به في الوجيز.

وقال في الرعاية الكبرى، قلت: بل كغرس مشترى شقص له شفعة، وعلى كل حال يلزم صاحب الغرس تسوية الحفر.

تنبيه: قوله:«فهل يكون كغرس الشفيع؟» فيه تساهل. وإنما يقال: فهل هو كغرس المشترى الشقص الذى يأخذه الشفيع؟ ولهذا قال الحارثي: وهو سهو وقع في الكتاب. انتهى.

مع أن المصنف تابعه جماعة. منهم صاحب الفائق، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير.

فوائد

الأولى: وكذا حكم النوى، والجوز واللوز: إذا حمله السيل فنبت.

الثانية: لو ترك صاحب الزرع أو الشجر لصاحب الأرض الذى انتقل إليه من ذلك: لم يلزمه نقله ولا أجرة. ولا غير ذلك.

---

(١) ذكر صاحب المغنى الوجهين فقال – (يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض لأن ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبه مالو أشجرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره. الوجه الثاني: لم يجبر على قلعه لأن قلعه إتلاف للمال على مالكه و لم يوجد منه تفريط ولايدوم ضرره فلا يجبر على ذلك) المغنى (٣٦٩/٥).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغنى. الشرح (٣٦٣/٥).

الثالثة: لو حمل السيل أرضًا بشجرها. فنبتت فى أرض أخرى كما كانت. فهى لمالكها، يجبر على إزالتها. ذكره فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفائق.

فائدة: قوله: ﴿وَحُكْمُ المستَعِيرِ فِي اسْتِيفَاءِ المنْفَعَةِ: حُكْمُ المُسْتَأجِرِ﴾.

يعنى أنه كالمستأجر فى استيفاء المنفعة بنفسه. وبمن قام مقامه، وفى استيفائها بعينها، وما دونها فى الضرر من نوعها، إلا أنهما يختلفان فى شيئين.

أحدهما: لا يملك الإعارة ولا الإجارة، على ما يأتى.

الثانى: الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع، فلو أعاره مطلقًا: ملك الانتفاع بالمعروف فى كل ما هو مهيأ له، كالأرض مثلاً. هذا الصحيح.

وفيه وجه: أنها كالإجارة فى هذا. ذكره فى التلخيص وغيره.

ذكر ذلك الحارثى، وغيره.

قوله: ﴿وَالْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ بِقِيمَتِهاَ يَوْمَ التَّلَفِ، وَإِنْ شَرَطَ نَفْى ضَمانِهاَ﴾.

هذا المذهب. نص عليه بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(٣)، والشرح(٤)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

قال الحارثى: نص الإمام أحمد رحمه الله على ضمان العارية، وإن لم يتعد فيها كثير متكرر جدًا من جماعات، وقف على رواية اثنين وعشرين رجلاً، وذكرها.

قال فى الفروع: وقاس جماعة هذه المسألة على المقبوض على وجه السوم. فدل على رواية مخرجة. وهو متجه. انتهى. وذكر الحارثى خلافاً لا يضمن

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله عن بعض الأصحاب، واختاره ابن القيم رحمه الله فى الهدى.

قوله: ﴿وَعَنْ الإِمَامُ أَحْمَد رحمه الله: أَنَّهُ ذُكِرَ لَـهُ ذَلِـكَ. فَقَـالَ«المُسْـلِمُونَ عَلَـى شُرُوطِهِمْ» فَيَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ﴾.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فهو لمالك التشجير لأنه من نماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلعه ههنا لأن ضرره يدوم فأجبر على إزالته كاغصان الشجيرة المنتشرة فى هواء ملك غير مالكها) المغنى (٥/٣٧٠).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (٥/٣٦٣).

(٣) ذكره فى المغنى فقال – (ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الأمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة). المغنى (٥/٣٥٦).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. (الشرح ٥/٣٦٥).

فهذه رواية بالضمان إن لم يشرط نفيه[1]. وجزم بها فى التبصرة.

وعنه: يضمن إن شرطه، وإلا فلا، اختاره أبو حفص العكبرى، والشيخ تقى الدين رحمه الله، وصاحب الفائق.

وقوله: ﴿وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَة لاَ يَصِيُر مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

قال فى المغنى[2]، والشرح[3]، والفائق، وغيرهم: هذا ظاهر المذهب، وجزم به فى الوجيز، وغيره، وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: المسملون على شروطهم، كما تقدم.

فائدة: لايضمن الوقف إذا استعاره وتلف بغير تفريط. ككتب العلم وغيرها فى ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله، والأصحاب. قاله فى الفروع.

وعلى هذا لو استعاره برهن ثم تلف: أن الرهن يرجع إلى ربه.

قلت: فيعايى بها فيهما.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالاسْتِعْمَالِ، كَخَمَل الِمنْشَفَةِ. فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

أصلهما احتمالان للقاضى فى المجرد، وأطلقهما فى الهداية، والمستوعب، والمغنى[4]، والشرح[5]، والرعاية الكبرى.

أحدهما: لا يضمن إذا كان استعمالها بالمعروف، وهو الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: لم يضمن فى الأصح، وصححه فى التصحيح، والمذهب، والخلاصة، والرعاية الصغرى، والحارثى، والحاوى الصغير، وتجريد العناية، وغيرهم. وقطع به فى التعليق، والمحرر.

---

(١) ذكره صاحب الكافى (٢/٢١٤). والمحرر (١/٣٦٠). والشرح (٥/٣٦٦). والمغنى (٥/٣٥٦).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما أقتضى الأمانه وكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذى كان من النبى صلى الله عليه وسلم إخبار بصفة العارية وحكمها) المغنى (٥/٣٥٦).

(٣) ذكره بنصه وتمامه فى الشرح (٥/٣٦٦).

(٤) قال فى المغنى: ففيه وجهان أحدهما: يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة كما لو كانت مغصوبة ولأنها أجزاء، يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء – الثانى – لا تضمنها لأن الاذن فى الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن فى إتلافها صريحا) المغنى (٥/٣٥٦).

(٥) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى. والشرح (٥/٣٦٧).

والوجه الثاني: يضمن، وكلامه في الوجيز محتمل، وقدمه ابن رزين في شرحه.

فائدتان

إحداهما: لو تلفت كلها بالاستعمال بالمعروف، فحكمها كذلك، وكذا الحكم والمذهب لو تلف ولد العارية أو الزيادة.

وفي ضمان ولد المؤجرة والوديعة الوجهان.

وتقدم في أثناء باب الضمان - في أواخر المقبوض على وجه السوم - حكم ولد الجناية، والضامنة، والشاهدة، والموصى بها.

ويأتي حكم ولد المكاتبة، والمدبرة في بابيهما.

الثانية: يقبل قول المستعير بأنه ما تعدى بلا نزاع.

ولا يضمن رائض ووكيل، لأنه غير مستعير.

قوله: ﴿وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ﴾.

هذا الصحيح من المذهب مطلقًا، وعليه جماهير الأصحاب، وقدمه في الشرح[١] ونصره، وصححه في النظم، والفائق، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وغيرهم. وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي[٢]، والمغني[٣]، والبلغة، والوجيز، وغيرهم.

قال الحارثي: هذا المشهور في المذهب، وحكاه جمهور الأصحاب. انتهى.

وقيل: له ذلك.

قال الشارح: وحكاه صاحب المحرر[٤] قولا للإمام أحمد رضي الله عنه.

وأطلقهما في المحرر[٥]، والرعاية الكبرى، والفروع. وقال: أصلهما هل هي هبة منفعة، أم إباحة منفعة؟ فيه وجهان.

وكذا هو ظاهر بحث المصنف في المغني[٦]، والشرح[٧].

---

(١) قدمه صاحب الشرح هكذا قال: - وليس للمستعير أن يعير وهذا أحد الوجهين وفي الوجه الآخر:- له ذلك لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كإجارة المستأجر) الشرح (٥/٣٦٨).

(٢) ذكره في الكافي فقال: «وليس له أن يعيره لأنها إباحة فلا يملك بها إباحة غيره كإباحة الطعام» الكافي (٢/٢١٤).

(٣) قدمه أيضًا صاحب المغني وذكره كما في الشرح. المغني (٥/٣٦١).

(٤) لم يذكره في المحرر قولا واحد بل على وجهين المحرر (١/٣٥٩).

(٥) قاله في المحرر - وهل يعيره على وجهين. المحرر (١/٣٥٩).

(٦) انظر المغني (٥/٣٥٤).

(٧) انظر الشرح (٥/٣٥٤).

قال الحارثى: أصل هذا: ما قدمنا من أن الإعارة إباحة منفعة.

وقال عن الوجه الثانى: يتفرع على رواية اللزوم فى العارية المؤقتة. انتهى.

قلت: قطع فى القاعدة السابعة والثمانين جواز إعارة العين المعارة المؤقتة إذا قيل بلزومها، وملك المنفعة فيها. انتهى.

قلت: وظاهر كلام المصنف هنا، وصاحب الهداية، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم: أن الخلاف هنا ليس مبنيا، فإنهم قالوا: هى هبة منفعة.

وقالوا: ليس للمستعير أن يعير.

قال فى الفروع: ويتوجه عليهما تعليقها بشرط، وذكر فى المنتخب أنه يصح.

قال فى الترغيب: يكفى ما دل على الرضى من قول أو فعل، فلو سمع من يقول: أردت من يعيرنى كذا. فأعطاه: كفى، لأنه إباحة عقد. انتهى.

وقيل: له أن يعيرها إذا وقَّتَ له المعير وقتا، وإلا فلا.

فائدتان

إحداهما: محل الخلاف إذا لم يأذن المعير له. فأما إن أذن له: فإنه يجوز قولا واحدا، وهو واضح.

الثانية: ليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره بغير إذن المعير، على الصحيح من المذهب(١)، وعليه جماهير الأصحاب.

وقيل: له ذلك فى الإعارة المؤقتة.

ومتى قلنا بصحتها، فإن المستأجر لا يضمن. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يضمن.

قلت: فيعايى بها.

وتقدم عكسها فى الإجارة عند قوله:«وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله» وهو لو أعار المستأجر العين المؤجرة فتلفت عند المستعير من غير تعد: هل يضمنها؟

وتقدم فى باب الرهن جواز رهن المعار وأحكامه. فليعاود.

---

(١) ذكره فى المحرر فقال: (وليس له أن يؤجره إلا بإذن فى مدة معلومة). المحرر (٣٥٩/١). الشرح (٣٦٤/٥). المغنى (٣٦١/٥).

وتقدم حكم سهم الفرس المستعار فى كلام المصنف فى باب قسمة الغنائم.

فوائد

منها: لو قال إنسان: لا أركب الدابة إلا بأجرة. وقال ربها: لا آخذ لها أجرة، ولا عقد بينهما. فركبها وتلفت، فحكمها حكم العارية، وجزم به فى الفروع، والرعاية الكبرى، وقال: قلت إن قدر إجارتها فهى إجارة مهدرة، وإلا فلا.

ومنها: لو أركب دابته منقطعا لله تعالى، فتلفت تحته: لم يضمن. على الصحيح من المذهب. جزم به فى التلخيص، والحاوى الصغير، والرعاية الصغرى، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وغيره. وقيل: يضمن.

ومنها: لو أردف المالك شخصا، فتلفت: لم يضمن شيئًا. على الصحيح من المذهب. وقيل: يضمن نصف القيمة، ومال إليه الحاوى.

قوله: ﴿وَعَلَى المستَعِيرِ مَئُونَةُ رَدُّ العَارِيَةِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطعوا به. منهم المصنف، والشارح، والحلوانى فى التبصرة، وصاحب المحرر[1]، والفروع، والوجيز، وابن منجا فى شرحه، وغيرهم.

وقيل: مئونة ردها على المالك. ذكره فى القاعدة الثامنة والثلاثين.

قوله: ﴿فَإِنْ رَدّ الدّابّةَ إِلَى اصْطَبْلِ المَالِكِ أَوْ غُلاَمِهِ: لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب[2]. إلا أن صاحب الرعايتين اختار عدم الضمان بردها إلى غلامه.

قوله: ﴿إِلاّ أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بَجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ كَالسَّائِسِ وَنَحْوِهِ﴾.

كزوجته، والخازن،والوكيل العام فى قبض حقوقه[3]. قاله فى المجرد. وهذا المذهب. أعنى: أنه لايضمن إذا ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده.

---

(١) قال فى المحرر: (ومن استعار شيئا فعليه مئونة ردة بخلاف ما استاجرة) المحرر (٣٦٠/١).

(٢) ذكره فى الكافى (فقال: فإن ردها إلى غيره أوداد المالك أو اصطبله لم يبرأ من الضمان لأن ما وجب رده لم يبرأ برده إلى ذلك كالمغصوب) الكافى (٢١٤/٢). المغنى (٣٥٨/٥). الشرح (٣٧٠/٥).

(٣) قال فى المغنى: (فقياس المذهب أنه يبرأ قاله القاضى لأن أحمد قال فى الوديعة لأنه مأذون فى ذلك عرفا أشبه مالو أذن فيه نطقا) المغنى (٣٥٨/٥). الشرح (٣٧٠/٥) الكافى (٢١٤/٢).

وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

وعند الحلوانى لايبرأ بدفعها إلى السائس.

فظاهر ما قدمه فى المستوعب: أنه لا يبرأ إلا بدفعها إلى ربها، أو وكيله فقط، ويأتى نظير ذلك فى الوديعة.

فائدة: لو سلم شريك لشريكه الدابة، فتلفت بلا تفريط ولا تعد، بأن ساقها فوق العادة ونحوه: لم يضمن. قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله، واقتصر عليه فى الفروع.

قلت: وهو الصواب.

قال فى الفروع: ويتوجه كعارية إن كان عارية، وإلا لم يضمن.

قلت: قال القاضى فى المجرد: يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه. فيكون نصفه مقبوضًا تملكاً، ونصف الشريك أمانة.

وقال فى الفنون: بل عارية مضمونة، ويأتى ذلك فى قبض الهبة.

قوله: ﴿وَإِذَا اخْتَلَفَا. فَقَالَ:أَجَرْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَعَرْتَنِى. إذا كان الاختلاف: عَقِيبَ العَقْدِ: فَالْقَولُ قَوْلُ الرَّاكِبِ[1]﴾ بلا نزاع والحالة هذه، فلا يغرم القيمة.

﴿وَإِن كَانَ بَعْدَ مُضِىٍّ مُدَّةٍ لَها أُجْرَةٌ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الَمالِكِ فيمْا مَضَى مِنَ الُمدَّةِ﴾. هذا الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: وبعد مضى مدة لها أجرة يقبل قول المالك فى الأصح فى ماضيها، وجزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، والوجيز، والهداية، والمذهب، والخلاصة وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والتلخيص، والرعاية الكبرى، والحاوى الصغير، وغيرهم.

قال الحارثى: هو قول معظم الأصحاب.

وقيل: القول قول الراكب. اختاره ابن عقيل فى تذكرته.

---

(١) قال فى المغنى: (القول قول الراكب لأن الأصل عدم عقد الإجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة إلى مالكها لأنها عارية). المغنى (٣٧١/٥). والشرح (٣٧٠/٥). والكافى (٢١٧/٢). والمحرر (٣٦٠/١).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (لأنهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب فكان القول قول المالك) المغنى (٣٧١/٢).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٣٧١/٥).

قال في المستوعب: وهو محمول على ما إذا اختلفا عقب قبض العين، وقبل انتفاع القابض. يعني: المسألة الأولى.

قال في التلخيص: وعندى أن كلامه على ظاهره، وعلله.

فعلى المذهب: يحلف على نفى الإعارة. وهل يتعرض لإثبات الإجارة؟

قال الحارثى: ظاهر كلام المصنف والأكثرين: التعرض.

وقال في التلخيص: لا يتعرض لإثبات الإجارة، ولا للأجرة المسماه. وقطع به.

قال الحارثى: وهو الحق.

فعلى هذا الوجه: يجب أقل الأجرين من المسمى، أو أجرة المثل. جزم به فى التلخيص.

قوله: ﴿وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ المِثْلَ أَو المدَّعَى إنْ زَادَ عَلَيْهاَ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الفائق، وشرح ابن منجا، والمحرر[١].

أحدهما: له أجرة المثل. وهو الصحيح من المذهب. وصححه المصنف، والشارح، وصاحب التصحيح، وتصحيح المحرر، والنظم، وغيرهم. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الفروع والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

والوجه الثاني: يستحق المدعى إن زاد على أجرة المثل.

وقيل: له الأقل من المسمى، وأجرة المثل، اختاره فى المحرر[٢]، وأطلقهن الحارثى.

وقيل: يستحق المسمى مطلقا.

فائدتان

إحداهما: وكذا الحكم لو ادعى بعد زرع الأرض أنها عارية، وقال رب الأرض: بل إجارة. ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله.

قلت: وكذا جميع ما يصلح للإجارة والإعارة، إذا اختلفا بعد مضى مدة لها أجرة.

الثانية: قوله: ﴿وَإنْ قَالَ: أَعَرْتُكَ. قَالَ: بَلْ أَجَّرْتنى، وَالبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ﴾.

---

(١) ذكر الوجهين فى المحرر (١/٣٦٠).

(٢) قال فى المحرر (وعندى له الأقل منهما) المحرر (١/٣٦٠).

بلا نزاع[١]، وكذا مثلها فى الحكم لو قال: أعرتنى. قال: بل أودعتك. فالقول قول المالك، ويضمن ما انتفع منها، وكذا لو اختلفا فى ردها. فالقول قول المالك.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: أَعَرْتَنِي، أَوْ أَجَّرْتَنِي. قَالَ: بَلْ غَصَبْتَنِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ﴾.

فى أنه ما أجر ولا أعار بلا نزاع. ثم هنا صورتان.

إحداهما: أن يقول: أعرتنى. فيقول المالك: بل غصبتنى، فإن وقع الاختلاف عقيب العقد، والدابة باقية: أخذها المالك، ولا معنى للاختلاف[٢]. وكذا إن كانت تالفة. قاله المصنف وغيره.

قال الحارثى: ويحلف. على أصح الوجهين.

وإن وقع بعد مضى مدة لها أجرة. فيجب عليه أجرة المثل. لأن القول قول المالك. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب، وصححوه.

وقيل: القول قول الراكب، وأطلقهما فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

الصورة الثانية: قال أجرتنى. قال: بل غصبتنى. فالقول قول المالك. على الصحيح من المذهب[٣]، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع له كثير منهم، وصححوه.

وقيل: القول قول الراكب.

تنبيهان

أحدهما: ثمرة الخلاف تظهر فى هذه الصورة مع التلف. فتجب القيمة على المذهب.

وعلى الثانى: لا شيء على الراكب. ويحلف ويبرأ.

ومع عدم التلف يرجع بالعين فى الحال مع اليمين بلا نزاع. ولا يأتى الوجه الآخر هنا. قاله الحارثى.

---

(١) قال فى الشرح: (لأنه إن ادعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل إقراره على نفسه وإن ادعى الإعارة الإجارة فهو مدعى قيمتها والقول قوله لأنهما اختلفا فى صفة القبض والأصل فيما يقتضيه الأنساب من مال غيره الضمان لقول النبى صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى ترده) حديث حسن) الشرح (٣٧٢/٥). المغنى (٣٧٢/٥). المحرر (٣٦٠/١). الكافى (٢١٧/٢).

(٢) ذكره فى المغنى فقال – (لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب) المغنى (٣٧٢/٥). الشرح (٣٧٣/٥). الكافى (٢١٧/٢).

(٣) قال فى الشرح :القول قول المالك لأن مبكرا انتقال الملك فيها إلى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر لأن الأصل عدم الانتقال.فيحلف ويستحق الأجر) الشرح (٣٧٣/٥). المغنى (٣٧٣/٥). والكافى (٢١٧/٢). والمحرر (٣٦٠/١).

وأما الأجرة: فمتفقان عليها. اللهم إلا أن يتفاوت المسمى وأجرة المثل. فإن كان أجر المثل أقل أخذه المالك، وكذلك لو استويا، ويحلف. على الصحيح. وإن كان الأجر أكثر حلف ولابد وجهًا واحدًا. قاله الحارثى.

الثانى: قوله: ﴿وَقِيلَ: القَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ. فيه تجوز﴾.

قال الحارثى: وليس بالحسن. وكان الأجود أن يقول: القابض أو الراكب، ونحوه. إذ قبول القول ينافى كونه غاصبًا. انتهى.

فائدة: لو قال المالك: أعرتك. قال: بل أودعتنى. فالقول قول المالك، ويستحق قيمة العين إن كانت تالفه.

ولو قال المالك: أودعتك. قال: بل أعرتنى. فالقول قول المالك أيضاً. ويستحق أجرة ما انتفع بها. فهو كمالو قال: غصبتنى. ذكرهما فى المستوعب وغيره.

* * *

كتاب الغصب

قوله: ﴿وَهُوَ الاسْتِيلاَءُ عَلَى مَالِ الغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَق﴾.

وكذا قال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمذهب الأحمد، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وليس بجامع. لعدم دخول غصب الكلب، وخمر الذمى، والمنافع، والحقوق، والاختصاص.

قال الحارثى: وحقوق الولايات، كمنصب الإمارة، والقضاء.

قال الزركشى: الاستيلاء يستدعى القهر والغلبة. فإذن قوله«قهرًا» زيادة فى الحد. ولهذا أسقطه فى المغنى[1]. انتهى.

قلت: الذى يظهر: أن «الاستيلاء» يشمل القهر والغلبة وغيرهما. فلو اقتصر على الاستيلاء لورد عليه المسروق، والمنتهب، والمختلس. فإن ذلك لا يسمى غصباً. ويقال: استولى عليه.

وقال فى المطلع: فلو قال«الاستيلاء على حق غيره» لصح لفظًا وعم معنى[2] انتهى.

وقوله«لصح لفظاً» لكون المصنف أدخل الألف واللام على«غير».

قال: والمعروف عند أهل اللغة عدم دخولهما عليها.

قلت: قد حكى النووى رحمه الله فى تهذيب الاسماء واللغات عن غير واحد من أهل العربية: أنهم جوزوا دخولهما على«غير».

وممن أدخل الألف واللام على«غير» من الأصحاب: من تقدم ذكره، وصاحب المحرر[3]، والرعايتين، والحارثى.

وقال فى الرعايتين: هو الاستيلاء على مال الغير قهرًا ظلمًا.

ويرد عليه ما تقدم.

---

(١) عرفه صاحب المغنى فقال «هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق» وأسقط منه كلمه (قهرا). المغنى (٥/٣٧٤). وكذلك عرفه صاحب الشرح – الشرح (٥/٣٧٤). وكذلك عرفه فى الكافى فقال: [هو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق] الكافى (٢/٢١٧).

(٢) انظر المطلع [ص/٢٧٤] – قيد الطبع بتحقيقنا .

(٣) عرفه أيضاً صاحب المحرر وكان ممن أدخلوا اللام على «غير» فقال: «هو الاستيلاء على مال الغير ظلما من عقار وأم ولد وغيرها». المحرر (١/٣٦٠).

وقال فى الفروع – تبعًا للحارثى : هو الاستيلاء على حق غيره قهرًا ظلمًا.

قال الحارثى: هذا أسد الحدود.

قلت: فهو أولى من حد صاحب المطلع وأمنع. فإنه يرد على حد صاحب المطلع: لو استولى على حق غيره من غير ظلم ولا قهر: أنه يسمى غصباً، وليس كذلك. اللهم إلا أن يكون مراده ذلك مع بقية حد المصنف. وهو الظاهر.

وقال فى الوجيز: هو الاستيلاء على حق غيره ظلماً.

ويرد عليه ما أخذ من غير قهر.

وقال فى تجريد العناية: هو استيلاء غير حربى على حق غيره قهرًا بغير حق.

قلت: هو أصح الحدود وأسلمها.

ويرد على حد غيره: استيلاء الحربى. فإنه استيلاء على حق غيره قهرًا بغير حق. وليس بغصب. على ما يأتى قريبا فى كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله.

وقال فى المحرر[١]: هو الاستيلاء على مال الغير ظلمًا.

وتابعه فى الفائق، وإدراك الغاية، ومعناه فى الكافى[٢]، والعمدة[٣]، والمغنى[٤].

قال الشيخ تقى الدين – رحمه الله–: وقوله:«على مال الغير ظلماً» يدخل فيه مال المسلم، والمعاهد. وهو المال المعصوم. ويخرج منه استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب. فإنه ليس بظلم.

ويدخل فيه استيلاء أهل الحرب على مال المسلمين. وليس بجيد، فإنه ليس من الغصب المذكور حكمه. هذا بإجماع المسلمين. إذ لا خلاف أنه لا يضمن بالإتلاف، ولا بالتلف، وإنما الخلاف فى وجوب رد عينه إذا قدرنا على أخذه، وأما أموال أهل البغى، وأهل العدل: فقد لايرد. لأنه لا يجوز الاستيلاء على عينها، ومتى أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت، وإنما الخلاف فى ضمانها بالإتلاف وقت الحرب.

ويدخل فيه ما أخذه الملوك والقطاع من أموال الناس بغير حق من المكوس وغيرها.

فأما استيلاء أهل الحرب بعضهم على بعض: فيدخل فيه، وليس بجيد. لأنه ظلم. فيحرم عليهم قتل النفوس، وأخذ الأموال إلا بأمر الله.

(١) ذكره بنصه وتمامه فى المحرر (٣٦٠).

(٢) انظر الكافى (٢/٢١٧).

(٣)حيث قال: – (هو استيلاء الإنسان على مال غيره بغير حق) العمدة (٢٧١).

(٤) انظر المغنى (٥/٣٧٤).

لكن يقال: لما كان المأخوذ مباحًا بالنسبة إلينا لم يصر ظلمًا فى حقنا، ولا فى حق من أسلم منهم.

فأما ما أخذ من الأموال والنفوس، أو أتلف منهما فى حال الجاهلية: فقد أقر قراره. لأنه كان مباحاً، لأن الإسلام عفا عنه، فهو عفو بشرط الإسلام، وكذا بشرط الأمان. فلو تحاكم إلينا مستأمنان حكمنا بالاستقرار. انتهى.

قلت: ويرد عليه ماورد على المصنف وغيره مما تقدم ذكره.

ويرد عليه أيضًا المسروق، والمختلس، ونحوهما.

قوله: ﴿وَيُضْمَنُ الْعَقَارُ بِالغَصْبِ﴾.

هذا المذهب[١]، وعليه الأصحاب. حتى إن القاضى وأكثرأصحابه لم يذكروا فيه خلافًا.

وعنه: ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب. نقله ابن منصور.

فائدتان

إحداهما: يحصل الغصب بمجرد الاستيلاء قهرًا وظلمًا، كما تقدم. على الصحيح من المذهب[٢]. وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: يعتبر فى غصب ما ينقل نقله، وجزم به فى التلخيص، إلا ما استثناه فيه.

وفى الترغيب. فقال: إلا فى ركوبه دابة، وجلوسه على فراش. فإنه غاصب. وأطلق الوجهين فى الرعاية.

وقال: ومن ركب دابته، أو جلس على فراشه، أو سريره قهرًا: فهو غاصب.

الثالثة: قال فى القاعدة الحادية والتسعين: من الأصحاب من قال: منفعة البضع لاتدخل تحت اليد، وبه جزم القاضى فى خلافه، وابن عقيل فى تذكرته، وغيرهما. وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة، وأن الغاصب لايضمن مهرها ولو حبسها

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: [لقوله ﷺ «من ظلم شبرا من الأرض طوقه يوم القيامه من سبع أرضين» متفق على معناه. فأخبر النبى ﷺ أنه: يغصب ويظلم فيه ولأن ما ضمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب) الشرح: (٣٧٥/٥). المحرر (٣٦٠/١). العمده (٢٧١١). الكافى (٢١٨/٢). المغنى (٣٧٩/٥).

(٢) قال فى الشرح (ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل إنسان أرض أو دار لم يضمنها سواء دخلها بإذن أو بغير إذن. سواء كان فيها صاحبها أو لم يكن) الشرح (٣٧٥/٥). المحرر (٣٦٠/١). الكافى (٢١٧/٢). المغنى (٣٧٤/٥).

عن النكاح حتى فات بالكبر.

وخالف ابن المنى. وجزم فى تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح. وذكر فى الحرة ترددًا، لامتناع ثبوت اليد عليها.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ كَلْبًا فِيهِ نَفْعٌ، أَوْ خَمر ذِمِّيٍّ: لَزِمَهُ رَدُّهُ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه فى الفروع وغيره.

وذكر في الانتصار: لاترد الخمر، وتلزم إراقتها إن حد، وإلا لزمه تركه، وعليهما يخرج تعذير مريقه.

وقال فى القواعد الأصولية: لو غصب مسلم خمر ذمّيّ: انبنى وجوب ردها على ملكها لهم. وفيه روايتان. حكاهما القاضى يعقوب وغيره.

إحداهما: يملكونها. فيجب الرد، وهذا قول جمهور أصحابنا[1].

والثانية: لا يملكونها. فينبغى وجوب الرد[2].

وقد يقال: لايجب.

واتفق الأصحاب على إراقتها إذا أظهرها، ولو أتلفها لم يضمنها عند الجمهور.

وخرج أبو الخطاب وجهًا بضمان قيمتها. إذا قلنا: إنها مال لهم، وأباه الأكثرون.

وحكى لنا قول: يضمنها الذمى للذمى.

وقال فى الترغيب، وعيون المسائل: ترد الخمر المحترمة، ويرد ما تخلل بيده إلا ما أريق فجمعه آخر فتخلل. لزوال يده هنا.

وتقدم فى أول باب إزالة النجاسة: أن الصحيح: أن لنا خمرًا محترمة. وهى خمرة الخلال.

ويأتى فى حد المسكر: هل يحد الذمى بشربها فى كلام المصنف.

تنبيهان

أحدهما: محل الخلاف إذا كانت مستورة. فأما إذا لم تكن مستورة فلا يلزمه ردها. قولا واحدًا.

---

(١) قال فى الشرح: (وإن غصب خمر ذمى لزمه ردها لأنه يقر على شربها فان أتلفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلفه مسلم أو ذمى). الشرح ٣٧٦/٥). المغنى (٤٤٤/٥). الكافى (٢٢٩/٢).

(٢) قاله فى المحرر (٣٦٣/١).

الثاني: ظاهر كلام المصنف: أنه لو غصب خمر مسلم لا يلزمه رده. وهو صحيح. لكن لو تخللت فى يد الغاصب وجب ردها. ذكره القاضى، وابن عقيل، والأصحاب. لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب. فكأنها تخللت فى يده. قاله فى القاعدة الخامسة والثمانين.

وقال: واختلفت عبارات الأصحاب فى زوال الملك بمجرد التخمير. فأطلق الأكثرون الزوال. منهم القاضى، وابن عقيل.

وظاهر كلام بعضهم: أن الملك لم يزل. منهم صاحب المغنى فى كتاب الحج. وفى كلام القاضى ما يدل عليه.

وبكل حال لو عاد خلا عاد الملك الأول بحقوقه من ثبوت الرهينة وغيرها. حتى لو خلف خمرًا ودينًا فتخللت: قضى منه دينه. ذكره القاضى فى المجرد، فى الرهن. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ أَتْلَفَهُ: لَمْ يَلْزَمْهُ قِيمتُهُ﴾.

هذا المذهب[١]، وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به فى الوجيز، وغيره، وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: يلزمه قيمة الخمر.

وخرج يضمنها الذمى بمثلها.

قال فى الفروع: وعنه يرد قيمتها. وقيل: ذمى.

وقال فى الإيضاح: يضمن الكلب.

ويأتى قريبًا إذا صاد بالكلب وغيره من الجوارح: هل يرد الصيد، وتلزمه الأجرة أيضًا أم لا؟ فى كلام المصنف.

وتقدم أول الضمان «إذا أسلم المضمون له، أو المضمون عنه. هل يسقط الدين إذا كان خمرًا؟».

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ المَيْتَةِ، فَهَلْ يُلْزِمُهُ رَدُّهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والرعاية

---

(١) ذكره فى المغنى فقال (فإن أتلفه لم يلزمه وإن حبسه مدة ملزمة أجر لأنه لا يجوز إجارته) المغنى (٥/٤٤٥) الشرح (٥/٣٧٦). الكافى (٢/٢٢٩). المحرر (١/٣٦٣).

الصغرى، والحاوى، والفائق، وغيرهم، وهما مبنيان على طهارته بالدبغ وعدمها.

فإن قلنا: يطهر بالدبغ: وجب رده. وإن قلنا: لا يطهر بالدبغ: لم يجب رده.

وقد علمت أن المذهب: لا يطهر بدبغه، فلا يجب رده هنا.

هذا هو الصحيح من المذهب، وجزم به فى المغنى[1]، والشرح[2]، وشرح الحارثى، وابن منجا وغيرهم.

وقدم هذه الطريقة فى الكافى[3]، والفروع، وشرح ابن رزين، وغيرهما.

وقيل: لا يجب رده، ولو قلنا: يطهر بالدبغ.

وقال فى الفروع: وفى رد جلد ميتة وجهان، وقيل: ولو طهر.

فظاهره: أن المقدم عنده: أن الخلاف على القول بعدم الطهارة.

قوله: ﴿فَإِنْ دَبَغَهُ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ. لَزِمَهُ رَدُّهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى[4]، والشرح[5]، وشرح الحارثى، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وجزم به ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم.

وقيل: لا يلزمه رده، لصيرورته مالاً بفعله، بخلاف الخمرة المتخللة، وهو احتمال للمصنف، والشارح.

قال الحارثى: وفى هذا الفرق بحث.

وأطلق فى الفروع فى لزوم رده إذا دبغه الغاصب وجهين.

قال الحارثى: وإن كان الغاصب دبغه، ففى رده الوجهان المبنيان.

وإن قلنا: لا يطهر لم يجب رده، على الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى[6]،

---

(١) لم يذكره صاحب المغنى على سبيل الجزم ولكنه ذكره احتمالا فقال (وإن دبغه الغاصب لزم رده قلت بطهارته لأنه كالخمر إذا تخللت ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وإن قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لايباح الإنتفاع به ويحمل أن يجب رده إذا قلنا مباح الانتفاع به فى الياسبات لأنه نجس مباح الانتفاع به أنسبه الكلب وكذلك قبل الدبغ) المغنى (٥/٤٤٥).

(٢) ذكره أيضًا صاحب الشرح احتمالا وليس جزماً كما فى المغنى. الشرح (٥/٣٧٨).

(٣) ذكره أيضًا احتمالاً فى الكافى كما فى المغنى والشرح – الكافى (٢/٢٢٩).

(٤) انظر المغنى (٥/٤٤٥).

(٥) انظر الشرح (٥/٣٧٨).

(٦) انظر المغنى كما فى النقطة السابقة المغنى (٥/٤٤٥).

والكافى[١]، والشرح[٢]، والفائق، وغيرهم.

وقيل: يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به فى اليابسات. وكذلك قبل الدبغ. وجزم به الحارثى فى شرحه.

وظاهر الفروع: إطلاق الخلاف، كما تقدم.

وقال فى الرعاية الكبرى: وإن غصب جلد ميتة فأوجه: الرد، وعدمه.

والثالث: إن قلنا: يطهر بدبغه، أو ينتفع به فى يابس: رده، وإلا فلا. وإن أتلفه فهدر. وإن دبغه – وقلنا: يطهر – رده. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ: لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب[٣]. وقطع به كثير منهم.

قال فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير: ولا يضمن حر بغصبه فى الأصح.

قال الحارثى: هذا المذهب. وعليه جمهور الأصحاب. لأن اليد لا يثبت حكمها على الحر.

وفى التلخيص وجه بثبوت اليد عليه.

وبنى على هذا: هل لمستأجر الحر إيجاره من آخر؟ إن قيل: بعدم الثبوت امتنع الإيجار. وإنما هو يسلم نفسه، وإلا فلا يمتنع.

فعلى المذهب: لو غصب دابة عليها مالكها ومتاعه: لم يضمن ذلك الغاصب قاله القاضى فى الخلاف الكبير. واقتصر عليه فى القاعدة الثامنة والتسعين.

قوله: ﴿إِلاَّ أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا. فَفِيهِ وَجْهَانِ﴾.

وأطلقهما فى المغنى[٤]، والرعاية الكبرى، والقواعد الفقهية، والشرح[٥]، والفائق والحارثى.

أحدهما: لا يضمنه. وهو المذهب. صححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز

---

(١) انظر الكافى (٢/٢٢٩).

(٢) انظر الشرح (٥/٣٧٨).

(٣) ذكره فى الشرح فقال لأنه لا يثبت الغصب فما ليس بمال كالحر فإنه لا يضمن بالغصب إنما يضمن بالإتلاف فإن حبس حر عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال. الشرح (٥/٣٧٨). المغنى (٥/٤٤٨). المحرر (١/٣٦٣) على أحد الروايتين.

(٤) ذكر فى المغنى ضمان ثبات الحد الكبير و لم يلزم حبس الصغير المغنى (٥/٤٤٨).

(٥) ذكرهما فى الشرح: فيه وجهان (أحدهما:– لا يضمنه لأنه حد أشبه الكبير. الثانى. يضمنه لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعه منه أشبه العبد الصغير) الشرح (٥/٣٧٨).

وشرح ابن رزين، وغيرهما. وقدمه فى الفروع وغيره وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

والوجه الثاني: يضمنه. قدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وقدم فى النظم: أن الصغير لو لدغ أو صعق: وجوب الدية.

وقال ابن عقيل: لا تجب، كما لو مرض. على الصحيح.

ويأتى هذا فى أوائل كتاب الديات فى كلام المصنف.

فعلى المذهب: هل يضمن ثيابه وحليته؟ على الوجهين. وأطلقهما فى الشرح(١)، والنظم، والفروع، وشرح ابن منجا، والحاوى الصغير، والرعايتين.

أحدهما: يضمنها. صححه فى التصحيح، والفائق.

قال الحارثى: وهو أصح.

والوجه الثاني: لا يضمنها. جزم به فى المغنى(٢)، والوجيز.

فائدة: وكذا الحكم والخلاف فى أجرته مدة حبسه، على ما يأتى، وإيجار المستأجر له. قاله فى الفروع. وجزم فى الوجيز هنا بوجوب الأجرة.

قوله: ﴿وَإِنِ اسْتَعْمَلَ الْحُرَّ كُرْهًا فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

ولو منعه العمل من غير حبس، ولو عبداً. لم يلزمه أجرته. جزم به فى المغنى(٣)، والشرح(٤)، وشرح ابن منجا، والفائق وغيرهم.

قال فى الفروع: ويتوجه بلى فيهما.

قلت: وهو الصواب. وهو فى العبد آكد.

وقال فى الترغيب: فى منفعة حر وجهان.

---

(١) ذكر الوجهين فى الشرح - أحدهما: لا يضمنه لأنه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير - الثانى - يضمنه لأنه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً .الشرح (٣٧٨/٥).

(٢) جزم بها صاحب المغنى فقال: - لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة كما لم تثبت اليد عليه فى الغصب وسواء كان كبيرا أو صغيراً. المغنى (٤٤٨/٥).

(٣) ذكره فى المغنى. فقال: (وإن استعمله مكرها لزمه أجر مثله لأنه استوفى منافعه وهى متقومة كمنافع العبد) المغنى (٤٤٨/٥).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٣٧٨/٥).

وقال فى الانتصار: لا يلزمه بإمساكه. لأن الحر فى يد نفسه، ومنافعه تلفت معه. كما لا يضمن نفسه وثوبه الذى عليه، بخلاف العبد.

وكذا قال فى عيون المسائل: لا يضمنه إذا أمسكه. لأن الحر فى يد نفسه، ومنافعه تلفت معه. كما لا يضمن نفسه وثوبه الذى عليه، بخلاف العبد. فإن يد الغاصب ثابتة عليه، ومنفعته بمنزلته.

قوله: ﴿وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً، فَهَلْ يَلْزَمُهُ أُجْرَتُهُ؟ على وجهين﴾.

وهما احتمالان فى الهداية. وأطلقهما فيها، وفى المذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[١]، والكافى[٢]، والهادى، والشرح[٣]، والمحرر[٤]، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع.

أحدهما: يلزمه. وهو الصحيح. صححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

والوجه الثانى: لا يلزمه. صححه الناظم.

قال الحارثى: وهو الأصح. وعليه دل نصه.

وتقدم فى التى قبلها ما يستأنس به فى هذه المسألة.

قوله: ﴿وَإِنْ خَلَطَهُ بِماَ يَتَمَيَّز مِنْهُ: لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ إن أمكن﴾.

وكذا إن أمكن تخليص بعضه. وإن لم يمكن تخليصه منه فسيأتى فى أول الفصل الرابع من الباب.

قوله: ﴿وَإِنْ زَرَعَ الأَرْضَ، وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذ الزَّرْعِ: فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهاَ﴾.

هذا المذهب[٥]. وعليه الأصحاب.

ونقل حرب: حكمها حكم الزرع الذى لم يحصد.

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (أحدهما: يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعته وهى المال ويجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كمنافع العبد. والثانى - لا يلزمه لأنها نافعة لما لا يصح غصبه فاشتهبت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه لأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها) المغنى (٥/٤٤٨).

(٢) ذكر أيضاً فى الكافى الوجهين كما فى المغنى. الكافى (٢/٢٢٨).

(٣) ذكر أيضاً صاحب الشرح الوجهين كما فى المغنى. الشرح (٥/٣٧٩).

(٤) المحرر (١/٣٦٣).

(٥) قاله فى الشرح: (لأنه نماء ماله وعليه أجر المثل إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها نقصت لترك الزراعة كأرض البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمنت نقصها) الشرح (٥/٣٨٤). والعمدة (٢٧٣) والكافى (٢/٢٢٣). والمغنى (٥/٣٨٣).

قال في الفائق: قلت: وجنح ابن عقيل إلى مساواة الحكمين.

واختاره صاحب الفائق في غير الفائق. ورد كلام الأصحاب.

قال في القاعدة التاسعة والسبعين: ووهم أبو حفص ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها، بناء على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداء. والمعروف في المذهب: خلافه. انتهى.

قال الحارثي: هذا المعروف عند الأصحاب.

قال، وعنه: يحدث على ملك رب الأرض. ذكره القاضي يعقوب. ومنع في تعليقه من كونه ملكاً للغاصب.

وقال: لا فرق بين ما قبل الحصاد وبعده. على ما نقله حرب.

قال الحارثي: وكذا أورده القاضي في تعليقه الكبير، فيما أظن – أو أجزم – وأورده شيخنا أبو بكر بن الصيرفي في كتاب نوادر المذهب. انتهى.

قال في الفائق، وقال القاضي يعقوب: لا فرق بين ما قبل الحصاد وبعده. في إحدى الروايتين.

وبناه على أن زرع الغاصب: هل يحدث على ملك صاحب البذر، أو صاحب الأرض؟ على روايتين. والحدوث على ملك صاحب الأرض هو المختار. انتهى.

وقال أيضًا: وهل القياس كون الزرع لرب البذر، أو لرب الأرض؟ المنصوص: الأول.

وقال ابن عقيل، والشيخ تقي الدين رحمه الله: الثاني.

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً: ينبني هذا على المدفوع. إن كان النفقة: فلرب الأرض مطلقًا. والمنصوص: التفرقة.

فعلى المذهب: على الغاصب أجرة المثل.

وعلى الرواية الثانية: للغاصب نفقة الزرع. وأما مؤنة الحصاد: فيحتمل أن تكون كذلك. ويحتمل أن لاتجب.

قال الحارثي: وهو الأقوى.

تنبيه: قوله: ﴿وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ﴾.

هذا المذهب. أعنى: أنه يشترط أن يكون قد حصده. وعليه أكثر الأصحاب.

وقال فى الرعاية، قيل أو استحصد قبله و لم يحصد.

قوله: ﴿وَإِنْ أَدْرَكَها رَبُّهاَ، وَالزَّرْعُ قَائِمٌ: خُيِّرَ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ بِأُجْرَتِهِ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ بِعِوَضِهِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب(١). نص عليه.

قال الحارثى: تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله: أن الزرع للمالك. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال الزركشى: هو قول القاضى، وعامة أصحابه، والشيخين. انتهى.

قال الحارثى: هو قول القاضى، وجمهور أصحابه، ومن تلاهم، والمصنف فى سائر كتبه. وهو من مفردات المذهب. قال ناظمها:

بالاحترام احكم لزرع الغاصب ... وليس كالبانىِّ، أو كالناصب
إن شاء رب الأرض ترك الزرع ... بأجرة المثل فوجه مرعى
أو ملكه إن شاء بالإنفاق ... أو قيمة للزرع بالوفاق

ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب، وعليه الأجرة. وهذا الاحتمال لأبى الخطاب.

وقيل: له قلعه إن ضمنه.

واختار ابن عقيل، وغيره: أن الزرع لرب الأرض، كالولد. فإنه لسيد الأم، لكن المنى لا قيمة له، بخلاف البذر. ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله.

قال الزركشى: وهذا القول ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى عامة نصوصه، والخرقى، والشيرازى، وابن أبى موسى - فيما أظن - وعليه اعتمد الإمام أحمد.

وكذا قال الحارثى: ظاهر كلام من تقدم من الأصحاب - كالخرقى، وأبى بكر وابن أبى موسى - عدم التخيير. فإن كلا منهم قال: الزرع لمالك الأرض، وعليه النفقة.

وهذا بعينه: هو المتواتر عن الإمام أحمد رحمه الله. و لم يذكر أحد عنه تخييرا. وهو الصواب. وعلله. انتهى.

---

(١) قال فى الشرح: إذا أدركها يعنى استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه متى أدركها وبها الزرع قائم لم يملك إجبار الغاصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع فى الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون له الزرع) الشرح (٣٨٤/٥). والمغنى (٣٩٢/٥). الكافى (٢٢٢/٢). العمده (٢٧٤).

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: فيمن زرع بلا إذن شريكه - والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم، ولربها نصيب: قسم ما زرعه فى نصيب شريكه كذلك. قال: ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايئه فيها فأبى. فللأول الزوع فى قدر حقه بلا أجرة، كدار بينهما فيها بيتان سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه. انتهى.

قلت: وهذا الصواب. ولا يسع الناس غيره.

قوله: ﴿وَهَلْ ذَلِكَ قِيمَتُهُ، أَوْ نَفَقَتُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وهما وجهان فى نسخة مقروءة على المصنف. وفى نسخة روايتان، وعليهما شرح الشارح، وابن منجا.

قال الحارثى: حكاهما متأخرو الأصحاب والمصنف فى كتابه الكبير روايتين. وأوردهما هنا وجهين. قال: والصواب أنهما روايتان.

قال هو والشارح: والمنقول عن الإمام أحمد فى ذلك روايتان. وأطلقهما فى الهداية، وتذكره ابن عقيل، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغنى[(١)]، والكافى[(٢)]، والهادى، والتلخيص، والبلغة، والشرح[(٣)]، والزركشى.

إحداهما: يأخذه بنفقته. وهى ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع، من الحرث والسقى وغيرهما. وهو المذهب، وهو ظاهر كلام الخرقى، والشيرازى.

واختاره القاضى فى رءوس المسائل، وابن عقيل.

قال الحارثى: وهو المذهب. وعليه متقدمو الأصحاب، كالخرقى، وأبى بكر ثم ابن أبى موسى، والقاضى فى كتابى المجرد ورءوس المسائل، وابن عقيل. لصريح الأخبار المتقدمة فيه. انتهى.

وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الطريق الأقرب، والوجيز. وقدمه فى الخلاصة، والفروع، والفائق.

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (أحدهما: - قيمة الزرع لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن لما ملكه بأخذه فيكون أخذ المالك له تملكا له إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذه الشقص المشفوع ويجب على الغاصب أجر الأرض تسليم الزرع لأن الزرع كان محكوما له به وقد شغل به أرض غيره. الثاني: أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع فى الحرث فى الزرع فى الحرث والسقى و غيره (المغنى (٥/٣٩٣).

(٢) ذكر الوجهين فى الكافى أيضًا. الكافى (٢/٢٢٣).

(٣) ذكر الروايتين أيضًا فى الشرح. (٥/٣٨٥).

والرواية الثانية: يأخذه بقيمته زرعا الآن.

صححه القاضى فى التعليق. وجزم به فى العمدة[١]، والمنور، ومنتخب الأزجى وقدمه فى المحرر[٢]، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، وتجريد العناية، وإدراك الغاية. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

قلت: والنفس تميل إليه.

قال ابن الزاغونى: أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله، أو قيمته؟

وعنه رواية ثالثة: يأخذه بأيهما شاء. نقلها مهنا. قاله فى الفروع.

قال الحارثى: وحكى القاضى حسين - فى كتاب التمام - عن أخيه أبى القاسم رواية بالتخيير. وهو الظاهر من إيراد القاضى يعقوب فى التعليق. وذكر نص مهنا.

وقال فى الفائق: وخرج أبو القاسم بن القاضى تخريج رواية بالخيرة . فكأنه ما اطلع على كلام الحارثى ، أو أن لأبى القاسم تخريج رواية . ثم اطلع، فوافق التخريج لها.

فعلى الرواية الثانية، واحتمال أبى الخطاب: لرب الأرض أجرتها إلى حين تسليم الزرع. على الصحيح من المذهب. جزم به فى المغنى[٣]، والشرح[٤]، والحارثى، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وذكر أبو يعلى الصغير: أنه لا أجرة له. ونقله إبراهيم بن الحارث

وعلى المذهب - أعنى إذا أوجبنا رد النفقة - فقال فى المغنى[٥]، والشرح[٦]: يرد مثل البذر. وبه قال ابن الزاغونى. لأن البذر مثلى ونصره الحارثى.

وقال القاضى فى المجرد: يجب ثمن البذر.

تنبيه: قال الحارثى: عبر المصنف بالنفقة عن عوض الزرع. وكذلك عبر أبو الخطاب، والسامرى، وصاحب التلخيص، وغيرهم. وليس بالجيد. لوجهين.

---

(١) ذكره فى العمدة (٢٧٤).
(٢) ذكره فى المحرر (٣٦١/١).
(٣) ذكره فى المغنى (٣٩٣/٥).
(٤) قال فى الشرح (قال لأن الزرع كان محكوما له به وقد سهل به أرض غيره) الشرح (٣٨٥/٥).
(٥) ذكره فى المغنى فقال (على ما ذكره القاضى وظاهر كلام الخرقى وظاهر الحديث لقوله ﷺ «عليه نفقته» المغنى (٣٩٤/٥).
(٦) ذكره فى الشرح كما فى المغنى - الشرح (٣٨٥/٥).

أحدهما: أن المعاوضة تستلزم ملك المعوض. ودخول الزرع في ملك الغاصب باطل بالنص. كما تقدم. فبطل كونها عوضا عنه.

الثاني: الأصل في المعاوضة: تفاوتهما وتباعدهما. فدل على انتفاء المعاوضة.

والصواب: أنها عوض البذر ولو أحقه. انتهى.

فائدة: يزكيه رب الأرض، إن أخذه قبل وجوب الزكاة. وإن أخذه بعد الوجوب: ففي وجوب الزكاة عليه وجهان. وأطلقهما في الفروع، والقواعد الفقهية.

قلت: الصحيح أنه لايزكيه، بل تجب الزكاة على الغاصب. لأنه ملكه إلى حين أخذه. على الصحيح، كما تقدم.

وعلى مقتضى النصوص واختيار الخرقي، وأبي بكر، وابن موسى، والحارثي، وغيرهم: يزكيه رب الأرض. لأنهم حكموا أن الزرع من أصله لرب الأرض. وعلى هذا يكون هذا المذهب.

قوله: ﴿وَإِنْ غَرَسَهَا، أَوْ بَنَى فِيهَا: أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَتَسْوِيَةِ الأَرْضِ، وَأَرْشِ نَقْصِهاَ وَأُجْرَتِهَا﴾.

وهذا مقطوع به عند[١] جمهور الأصحاب.

إلا أن صاحب الرعاية قال: لزمه القلع في الأصح.

قال في القاعدة السابعة والسبعين: والمشهور عن الإمام أحمد رحمه الله: للمالك قلعه مجانا، وعليه الأصحاب.

وعنه: لا يقلع، بل يتملكه بالقيمة.

وعليها: لا يقلع إلا مضمونًا، كغرس المستعير. كذلك حكاهما القاضي، وابن عقيل.

تنبيه: شمل كلام المصنف: ما لو كان الغارس أو الباني أحد الشريكين. وهو كذلك، حتى ولو لم يغصبه، لكن غرس أو بنى من غير إذن. وهو صحيح نص عليه في رواية جعفر بن محمد: أنه سئل عن رجل غرس نخلاً في أرضٍ بينه وبين قوم

---

(١) قال في الشرح: (لما روى سعد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي ﷺ قال «ليس لعرق ظالم حق» رواه الترمذي. ولأنه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته). الشرح (٣٨٧/٥). وذكره في المغني (٣٧٩/٥). والكافي (٢٢٢/٢). والمحرر (٣٦١/١).

مشاعًا؟ قال: إنْ كان بغير إذنهم قلع نخله.

ويأتى هذا أيضًا فى الشفعة.

فوائد

منها: لو زرع فيها شجرًا بنواه. فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله - وعليه الأصحاب: أنه له، كما فى الغراس.

ويحتمل كونه لرب الأرض. لدخوله فى عموم أخبار الزرع. قاله الحارثى.

ومنه: لو أثمر ما غرس الغاصب، فقال فى المجرد، والفصول، وصاحب المستوعب، ونوادر المذهب: الثمر لمالك الأرض، كالزرع. إن أدركه أخذه ورد النفقة، وإلا فهو للغاصب.

واختاره القاضى. ونص عليه فى رواية على بن سعيد.

قال فى الفروع: ونصه فيمن غرس أرضًا: الثمرة لرب الأرض، وعليه النفقة.

وقال المصنف فى المغنى[(١)]، والشارح، وصاحب الفائق، وابن رزين: لو أثمر ما غرسه الغاصب، فإن أدركه صاحب الأرض بعد الجذاذ فللغاصب. وكذلك قبله.

وعنه: لمالك الأرض، وعليه النفقة. انتهوا.

قال ابن رزين - عن القول بأنه لصاحب الأرض - ليس بشىء.

قال الحارثى: وفيه وجه أنه للغاصب بكل حال.

وحكاه ابن الزاغونى فى كتاب الشروط رواية عن الأمام أحمد.

قال: وهذا أصح، اعتبارا بأصله.

قال: والقياس على الزرع ضعيف.

واختار الحارثى ما قدمه المصنف. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

ومنها: لو جصص الدار وزوقها، فحكمها كالبناء. قاله فى الكافى[(٢)]. ولو وهب ذلك لمالكها، ففى إجباره على قبوله وجهان، كالصبغ فى الثوب، على ما يأتى.

ومنها: لوغصب أرضًا، فبناها دارا بتراب منها وآلات من المغصوب منه: فعليه أجرتها مبنية. وإن كانت آلاتها من مال الغاصب: فعليه أجرة الأرض دون بنائها. لأنه إنما غصب الأرض، والبناء له. فلم يلزمه أجرة ماله. فلو أجرها فالأجرة لهما بقدر قيمتها.

---

(١) ذكره صاحب المغنى بنصه فى المغنى (٥/٣٩٤).

(٢) ذكرها فى الكافى بنصها وتمامها. الكافى (٢/٢٢٤).

نقل ابن منصور - فيمن بنى فيها ويؤجرها - الغلة على النصيب.

ونقل ابن منصور أيضًا: ويكون شريكا بزيادة بناء.

ومنها: لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته، وأبى مالكه إلا القلع: فله ذلك، ولا يجبر على أخذ القيمة. وفي البناء تخريج: إذا بذل صاحب الأرض لصاحب القيمة: أنه يجبر على قبولها إذا لم يكن في النقص غرض صحيح[١]. وهو للمصنف. والمذهب: الأول.

وذكر ابن عقيل رواية فيه: لا يلزمه. ويعطيه قيمته. ونقله ابن الحكم.

وروى الخلال فيه عن عائشة - رضي الله عنها - مرفوعا:«له ما نقص».

قال أبو يعلى الصغير: هذا منعنا من القياس.

ونقل جعفر بن محمد فيها: لرب الأرض أخذه. وجزم به ابن رزين. وزاد: وتركه بأجرة. انتهى.

ومنها: إذا اتفقا على القيمة: فالواجب قيمة الغراس مقلوعاً. حكاه ابن أبي موسى وغيره.

وإن وهبهما الغاصب لرب الأرض، ليدفع عن نفسه كلفة القلع: فقبله جاز. وإن أبى إلا القلع - وكان في قلعه غرض صحيح - لم يجبر على القبول. وإن لم يكن له في القلع غرض صحيح، ففي إجباره على القبول: احتمالان. وأطلقهما في المغني[٢]، والشرح[٣]، والحارثي، والفروع.

قال في الرعاية: وإن وهبها لرب الأرض: لم يلزمه القبول، إن أراد القلع، وإلا احتمل وجهين. انتهى.

قلت: الأولى أنه لايجبر.

ومنها: لوغصب أرضا وغراسا من شخص واحد، فغرسه فيها: فالكل لمالك الأرض. فإن طالبه رب الأرض بقلعه - وله في قلعه غرض صحيح - أجبر عليه. وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس.

---

(١) ذكره في الكافي فقال (فله ذلك لأنها معاوضة فلم يجبر عليها) الكافي (٢/٢٢٤). والمغني (٥/٣٨٢). والشرح (٥/٣٨٨).

(٢) ذكر الاحتمالين في المغني فقال: (وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت. ويحتمل أن لايجبر لأن فيه إجبار على عقد معتبر الرضى فيه) المغني (٥/٣٨٠).

(٣) ذكر الوجهين في الشرح (٥/٣٨٨) كما في المغني (٥/٣٨٠).

وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح: لم يجبر على الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والحارثى والفروع، وغيرهم.

وقيل: يجبر. وهو احتمال للمصنف.

وإن أراد الغاصب قلعه ابتداء: فله منعه. قاله الحارثى، وصاحب الرعاية، وغيرهما. ويلزمه أجرته مبنيا، كما تقدم.

فائدتان

إحداهما: لو غرس المشترى من الغاصب ولم يعلم بالحال. فقال ابن أبى موسى، والقاضى فى المجرد، وتبعه عليه المتأخرون: للمالك قلعه مجانًا. ويرجع المشترى بالنقص على من غرّه.

قال الحارثى: الحكم كما تقدم. قاله أصحابنا. وقدمه فى المحرر[(٣)]، والرعايتين والحاوى الصغير، وغيرهم.

وقال فى القاعدة السابعة والسبعين: المنصوص أنه يتملكه بالقيمة، ولا يقلع مجاناً. نقله حرب، ويعقوب بن بختان. قال: ولا يثبت عن الإمام أحمد رحمه الله سواه. وهو الصحيح. انتهى.

ويأتى فى كلام المصنف ما هو أعم من ذلك فى الباب فى قوله:«وإن اشترى أرضا فغرسها، وبنى فيها، فخرجت مستحقة».

الثانية: الرطبة ونحوهما: هل هى كالزرع فى الأحكام المتقدمة، أو كالغراس؟ فيه احتمالان. وأطلقهما فى المغنى[(٤)]، والشرح[(٥)]، والفروع، والفائق، وقواعد ابن رجب، والزركشى.

أحدهما: أنه كالزرع. قدمه ابن رزين فى شرحه. وقال: لأنه زرع ليس له فرع قوى. فأشبه الحنطة.

قال الزركشى: ويدخل فى عموم كلام الخرقى. قلت: وكذا غيره.

---

(١) جزم به فى المغنى وقدمه فقال: (لم يجبر على قلعه لأنه سفه فلا يجبر على السفه) المغنى (٥/٣٨١).

(٢) قدمه أيضًا صاحب الشرح (٥/٣٨٨).

(٣) قدمه أيضًا فى المحرر (١/٣٦٢).

(٤) ذكر الاحتمالين فى المغنى فقال (احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله فى عموم الزرع لأنه ليس له فرع قوى فأشبه الحنطة والشعير واحتمل أن يكون حكمه حكم الغراس لبقاء أصوله وتكرر أخذه ولأن القياس يقتضى أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر فيما عداه يبقى على قضية القياس) المغنى (٥/٣٩٤).

(٥) ذكر الاحتمالين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥/٣٨٦).

والوجه الثانى: هو كالغراس.

قال الناظم: وكالغرس فى الأقوى: المكررُ حَزَّه.

ويأتى قريبًا: «لو حفر فى الأرض بئرًا».

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَع بِهِ سَفِينَةً: لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرْسَى﴾.

يعنى: إذا كان يخاف من قلعه. وهذا المذهب[1] مطلقًا. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال فى القواعد الأصولية: هو المذهب عند الأصحاب.

وقيل: يقلع، إلا أن يكون فيه حيوان محترم، أو مال للغير. جزم به فى عيون المسائل. وهو احتمال لأبى الخطاب فى الهداية.

قال الحارثى: ومطلق كلام ابن أبى موسى يقتضيه. فإنه قال: من اغتصب ساجة فبنى عليها حائطاً، أو جعلها فى سفينة: قلعت من الحائط أو السفينة. وإن استهدما بالقلع. انتهى.

فائدة: حيث يتأخر القلع، فللمالك القيمة. ثم إذا أمكن الرد أخذه مع الأرش إن نقص، واسترد الغاصب القيمة، كما لو أبق المغصوب. قاله الحارثى.

قلت: وقد شمله كلام المصنف الآتى. حيث قال:«وإن غصب عبدًا فأبق، أو فرساً فشرد، أو شيئًا تعذر رده مع بقائه: ضمن قيمته».

ولو قيل: بأنه تتعين له الأجرة إلى أن يقلع: لكان متجهًا.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ خَيْطًا، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلعِهِ: فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الحَيَوَانُ مَأكولاً لِلْغَاصِبِ. فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ، وَيَذْبَحُ الحَيَوَانَ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

إذا غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان. فلا يخلو: إما أن يخاف على الحيوان بقلعه أولا. فإن لم يخف عليه بقلعه: قلع.

وإن خيف عليه، فلا يخلو: إما أن يكون مأكولاً أولا. فإن لم يكن مأكولاً، فلا

(١) قال ذكره فى الشرح (إذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يصلح حتى تخرج إلى الساحل وإن كان فى أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه قلعه ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق) الشرح (٣٩٣/٥). الكافى (٢٢٤/٢). المحرر (٣٦١/١). المغنى (٤٢٨/٥).

يخلو: إما أن يكون محترماً، أولا. فإن كان غير محترم - كالمرتد والكلب العقور، والخنزير، ونحوها - فله قلعه منه بلا نزاع.

وإن كان محترماً، فلا يخلو: إما أن يكون آدميًّا، أو غيره. فإن كان آدميًّا: لم يقلع. على الصحيح من المذهب إذا خيف عليه الضرر. وتؤخذ قيمته. قدمه في الفروع. واختاره المصنف، والشارح، والحارثى، وغيرهم.

وقيل: لاتؤخذ قيمته إلا إذا خيف تلفه. ويقلع كغيره من الحيوانات المحترمة. فإنه لابد فيها من خوف التلف. على الصحيح. وفيه احتمال.

وهذا القول ظاهر ما قطع به فى الفائق، والمذهب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير. لأنهم قيدوه بالتلف. وقدمه فى الرعاية الكبرى. وهو احتمال للقاضى، وابن عقيل.

وإن كان مأكولاً، فلا يخلو: إما أن يكون للغاصب أولا. فإن لم يكن للغاصب: لم يقلع. جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

وإن كان للغاصب - وهى مسألة المصنف - فأطلق الوجهين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، وشرح الحارثى، وابن منجا.

أحدهما: يذبح. ويلزمه رده. وهو المذهب. اختاره القاضى، وغيره. قاله الحارثى. وصححه فى التصحيح، والنظم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الكافى[٣].

والوجه الثانى: لا يذبح، وترد قيمته. قدمه فى المستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وفيه وجه ثالث: إن كان معدا للأكل - كبهيمة الأنعام، والدجاج، ونحوه - ذبح ورده، وإلا فلا. وهو احتمال للمصنف.

قال الحارثى: وهو حسن. وأطلقهن فى الشرح[٤]، والفروع.

---

(١) ذكره فى المغنى وجزم به كما فى الشرح. المغنى (٥/٤٢٤).

(٢) قال فى الشرح (لم يقلع لأن فيه إضراراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب إتلاف مال من لم يجن صيانة لمال أخر) الشرح (٥/٣٩٣).

(٣) قاله فى الكافى: (ذكر أنه إن كان الحيوان مأكولا للغاصب فيجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه) الكافى (٢/٢٢٤).

(٤) ذكر الإطلاق فى الشرح فقال (قال أبو الخطاب: فيه وجهان: قول القاضى: يجب رده لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وإن حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء. والثانى: لا يجب قلعه لأن للحيوان حرمة فى نفسه وقد نهى النبى ﷺ عن=

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ الحَيَوَانُ: لَزِمَهُ رَدُّهُ، إلاّ أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في المغنى[1]، والتلخيص، والشرح[2]، وشرح الحارثى، والوجيز، وغيرهم من الأصحاب. وقدمه في الفروع، وغيره.

وقيل: يلزمه رده بموت الآدمى.

قال ابن شهاب: الحيوان أكثر حرمة من بقية المال. ولهذا لا يجوز منع ماله منه. ولو قتله دفعًا عن ماله: قتل، لا عن نفسه.

فوائد

الأولى: لو غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة. فقال الأصحاب حكمها حكم الخيط. قاله المصنف، والشارح، والحارثى.

وقال: إن كانت مأكولة: ذبحت على الأشهر.

وقال المصنف في المغنى[3]: ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان: ذبح الحيوان، وردت إلى مالكها. وضمان الحيوان على الغاصب، إلا أن يكون آدميًا.

الثانية: لو ابتلعت شاة رجلٍ جوهرة آخر غير مغصوبة، وتوقف الإخراج على الذبح: ذبحت، بقيد كون الذبح أقل ضررًا[4]. قاله المصنف، والشارح ومن تابعهما

قال الحارثى: واختيار الأصحاب: عدم القيد. وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص الذبح، إلا أن يفرط مالك الشاة بكون يده عليها. فلا شيء له، لتفريطه.

الثالثة: لو أدخلت الشاة رأسها فى قمقم ونحوه، ولم يمكن إخراجه إلا بذبحها أو كسره. فهنا حالتان[5].

= ذبح الحيوان لغير مأكوله). الشرح ٥/٣٩٣).

(١) ذكره في المغنى كما فى الشرح. المغنى (٥/٤٢٦).

(٢) قال فى الشرح: (لأن غير الآدمى لاحرمة له بعد الموت وحرمة الآدمى باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «كسر عظم الميت ككسره وهو حى» فعلى هذا يرد قيمته. الشرح (٥/٣٩٣).

(٣) جزم به فى المغنى وذكر بنصه وتمامه (المغنى (٥/٤٢٦).

(٤) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه) المغنى (٥/٤٢٧). وذكره الشرح أيضًا (٥/٣٨١). وفى الكافى (ألحقه فى الحكم كما فى الخيط) الكافى (٢/٢٢٤).

(٥) ذكر هذه الصورة فى المغنى فقال(وإن أدخلت رأسها فى قمقم فلم يمكن إخراجه إلا بذبحها وكان =

إحداهما: أن تكون مأكولة. فللأصحاب فيها طريقان.

أحدهما - وهو قول الأكثرين. منهم القاضي، وابن عقيل - إن كان لا بتفريط من أحد: كسر القدر، ووجب الأرش على مالك البهيمة. وإن كان بتفريط مالكها، بأن أدخل رأسها بيده، أو كانت يده عليها ونحوه: ذبحت من غير ضمان وحكى غير واحد وجهاً بعدم الذبح. فيجب الكسر والضمان.

وإن كانت بتفريط مالك القدر، بأن أدخله بيده، أو ألقاها في الطريق: كسرت ولا أرش. قال ذلك الحارثي.

الطريق الثاني - وهو ما قاله المصنف والشارح - اعتبار أقل الضررين. إن كان الكسر هو الأقل تعين، وإلا ذبح، والعكس كذلك.

ثم التفريط من أيهما حصل: كان الضمان عليه. وإن لم يحصل من واحد منهما: فالضمان على مالك البهيمة. إن كسر القدر وإن ذبحت البهيمة: فالضمان على صاحب القدر. وإن اتفقا على ترك الحال على ما هو عليه: لم يجز.

ولو قال من عليه الضمان: أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئًا للآخر: كان له ذلك.

الحالة الثانية: أن تكون غير مأكولة، فتكسر القدر. ولا تقتل البهيمة بحال. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال المصنف، والشارح: قاله الأصحاب.

قال الحارثي: قاله الأكثرون من الأصحاب.

وعلى هذا: لو اتفقا على القتل: لم يمكنا.

وقيل: حكمه حكم المأكول على ما تقدم.

وفيه وجه ثالث: أنه يقتل إن كانت الجناية من مالكها، أو القتل أقل ضررًا.

قلت: وهو الصواب. وأطلقهن في المغني(١)، والشرح(٢). وظاهر الحارثي: الإطلاق.

=الضرر في ذبحها أقل ذبحت. وإن كان الضرر في كسر القمقم أقل كسر القمقم وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه. وإن كان التفريط من صاحب القمقم فالضمان عليه لأنه وضعه في الطريق، وإن لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة إن كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص قمقمه) المغني (٤٢٧/٥). والشرح (٣٨٢/٥).

(١) ذكر الإطلاق في المغني فقال: «وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما مضى واحتمل أن يكسر القمقم لأنه لانفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل أن يجرى مجرى المأكول في أنه متى كان قتله أقل ضررا وكانت الجناية من صاحبه فقل. لأن حرمته معارضة لحرمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن إضاعة المال وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعة للمال) المغني (٤٢٧/٥).

(٢) ذكر الوجهين في الشرح كما في المغني (٤٢٧/٥). الشرح (٣٨٢/٥).

الرابعة: لو سقط دينار أو درهم، أو أقل أو أكثر، فى محبرة الغير، وعسر إخراجه. فإن كان بفعل مالك المحبرة: كسرت مجانًا مطلقًا.

وإن كان بفعل مالك الدينار. فقال القاضى، وابن عقيل: يخير بين تركه فيها وبين كسرها. وعليه قيمتها.

وعلى هذا: لو بذل مالك المحبرة لمالك الدينار مثل ديناره. فقيل: يلزمه قبوله. اختاره صاحب التلخيص فيه. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وقيل لا يلزمه قبوله. وأطلقهما فى المحرر[1]، وشرح الحارثى، والفروع.

وذكر المصنف والشارح فى إجبار مالك المحبرة على الكسر ابتداء: وجهين.

أحدهما: لا يجبر. قالا: وعليه نقص المحبرة.

قال الحارثى: ويجب على هذا الوجه: أن يقال بوجوب بذل الدينار. انتهى.

والوجه الثانى: يجبر. وعلى مالك الدينار ضمان القيمة. واختاره صاحب التلخيص.

قال الحارثى: وهذا الوجه هو حاصل ما قال القاضى، وابن عقيل من التخيير بين الترك والكسر.

وكيفما كان لو بادر وكسر عدوانًا: لم يلزمه أكثر من قيمتها. وجهًا واحدًا.

وأن كان السقوط لا بفعل أحد، بأن سقط من مكان، أو ألقاه طائر، أو هر: وجب الكسر. وعلى رب الدينار الأرش.

فإن كانت المحبرة ثمينة، وامتنع رب الدينار من ضمانها فى مقابلة الدينار، فقال ابن عقيل: قياس قول أصحابنا أن يقال له: إن شئت أن تأخذ فاغرم، وإلا فاترك، ولا شيء لك.

قال الحارثى: والأقرب - إن شاء الله - سقوط حقه من الكسر هنا. ويصطلحان عليه.

ولو غصب الدينار وألقاه فى محبرة آخر، أو سقط فيها بغير فعله: فالكسر متعين. وعلى الغاصب ضمانها، إلا أن يزيد ضرر الكسر على التبقية فيسقط. ويجب على

---

(١) ذكره بنصه فى المحرر هكذا فقال: (فإن بذل له ربها مثل ديناره فهل يجب قبوله. على وجهين) المحرر (٣٦٣/١).

الغاصب ضمان الدينار. ذكره المصنف والشارح. وتابعهما الحارثى.

الخامسة: لو حصل مُهْر أو فصيل فى داره لآخر، وتعذر إخراجه بدون نقض الباب: وجب النقض(١).

ثم إن كان عن تفريط مالك الدار، بأن غصبه وأدخله: فلا كلام. وإن كان لا عن تفريط من أحد: فضمان النقض على مالك الحيوان.

وذكر المصنف احتمالاً باعتبار أقل الضررين. فإن كان النقض أقل: فكما قلنا. وإن كان أكثر: ذبح.

قال الحارثى: وهذا أولى.

وعلى هذا: إن كان الحيوان غير مأكول. تعين النقض.

وإن كان عن تفريط مالك الحيوان: لم ينقض وذبح، وإن زاد ضرره. حكاه فى المغنى.

وذكر صاحب التلخيص: وجوب النقض وغرم الأرش.

وكلام ابن عقيل نحوه أو قريب منه. قاله الحارثى.

وقال: الأول الصحيح.

وإن كان المغصوب خشبة، فأدخلها الدار: فهى كمسألة الفصيل ينقض الباب لإخراجها.

السادسة: لو باع دارًا وفيها ما يعسر إخراجه. فقال القاضى، وابن عقيل، وصاحب التلخيص، وغيرهم: ينقض الباب، وعليه ضمان النقض.

وقال المصنف: يعتبر أقل الضررين. إن زاد بقاؤها فى الدار، أو تفكيكه إن كان مركبًا، أو ذبحه إن كان حيوانا على النقض: نقض مع الأرش.

وإن كان بالعكس: فلا نقض لعدم فائدته.

قال: ويصطلحان إما بأن يشتريه مشترى الدار، أو غير ذلك. انتهى.

قوله: ﴿وَلَوْ غَصَبَ جَارِحًا. فَصَادَ بِهِ. أَوْ شَبَكَةً، أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْه، أَوْ غَنِمَ: فَهُوَ لمالِكِهِ﴾.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساحه فإن كان حصوله فى الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب – ضمانه على صاحب الفصيل لأنه ماله من غير تفريط من صاحب الدار) المغنى (٤٢٦/٥). وكذلك فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٣٨١/٥).

إذا غصب جارحا فصاد به، أو فرسًا فصاد عليه. فالصيد للمالك. على الصحيح من المذهب.

قال الحارثى: هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

قال فى تجريد العناية: فلربه فى الأظهر. وقدمه فى المغنى[١]، والشرح[٢]. وجزم به فى الصيد فى الفائق، والرعاية فى غير الكلب.

وقيل: هو للغاصب. وعليه الأجرة. وهو احتمال فى المغنى[٣].

قال الحارثى: وهو قوىز وجزم به فى التلخيص فى صيد الكلب. وأطلقهما فى الفروع، والرعاية فى الكلب.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: يتوجه - فيما إذا غصب فرسًا، وكسب عليه ما لاً أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعها بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس. ثم يقسم الصيد بينهما. وتقدم ذلك فى الشركة الفاسدة.

فعلى المذهب: هل يلزم الغاصب أجرة مدة اصطياده أم لا؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى المغنى[٤]، والشرح[٥]، والرعاية، والفروع.

أحدهما: لايلزمه. قدمه الحارثى. وقال: هو الصحيح.

قال فى تجريد العناية: ولا أجرة لربه مدة اصطياده فى الأظهر.

والوجه الثانى: يلزمه. وهو قياس قول صاحب التلخيص فى صيد العبد، على ما يأتى قريبًا.

وأما سهم الفرس المغصوبة: فقد تقدم فى كلام المصنف أيضًا فى باب قسمة الغنيمة فى قوله:«ومن غصب فرسًا فقاتل عليه، فسهمه لمالكه» وذكرنا الخلاف فيه هناك.

فأما إذا غصب شبكة، أو شركا فصاد به. فجزم المصنف هنا: أنه لمالكه. وهو المذهب.

---

(١) قدمه فى المغنى فقال (فالعبد لمالكه لأنه من كسب ماله فأشبه الصيد العبد) المغنى (٥/٤٠٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (٥/٤٠٦) الشرح (٥/٣٩٤).

(٣) قال فى المغنى: (إن قلنا للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه فى يديه إن كان له أجر) المغنى (٥/٤٠٦).

(٤) ذكر الوجهين فى المغنى على أحد القولين: بأن ماصاده للغاصب فقال: إن قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه فى يديه ان كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر فى مدة اصطياده فى أحد الوجهين لأن الأجر فى مقابلة منافعه ومنافعه فى هذه المدة عائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضها على غيره) المغنى (٥/٤٠٦).

(٥) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى (٥/٤٠٦) الشرح (٥/٣٩٤).

قال الحارثي: هـذا المذهـب. وعليه عامة الأصحاب. وجزم به ابن منجا في شرحه. وقدمه في الشرح(١).

والوجه الثاني: يكون للغاصب. وجزم به في الوجيز.

وقال في الفروع - بعد أن ذكر صيد الكلب، والقوس - وقيل: وكذا أحبولة. وجزم به غير واحد في كتب الخلاف. قالوا: على قياس قوله: ربح الدراهم لمالكها.

فائدة: صيد العبد المغصوب وسائر أكسابه: للسيد. بلا نـزاع. وفي لزوم أجرته مدة اصطياده وعمله: الوجهان المتقدمان في الجارحة.

قال في التلخيص: ولا تدخل أجرته تحته، إذا قلنا بضمان المنافع.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَقَصَّرَهُ، أَوْ غَزْلاً فَنَسَجَهُ، أَوْ فِضَّةً، أَوْ حَدِيدًا فَضَرَبَهُ إِبَرًا أَوْ أَوَانِيَ. أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ بابًا ونحوه، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا: رَدَّ ذَلِكَ بِزِيَادَتِهِ وَأَرْشِ نَقْصِهِ. وَلاَ شَيْءَ لَهُ﴾.

وكذا الوغصب طيناً ، فضربه لبنًا ، أوجعله فخاراً ، أوحباً فطحنه ونحو ذلك

ذكر المصنف هنا: ما يغير المغصوب عن صفته، وينقله إلى اسم آخر، كما مثل ونحوه. ففي هذا يكون الحكم كما قال المصنف، على الصحيح من المذهب.

قال المصنف، والشارح، وصاحب الفائق: هذا ظاهر المذهب.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

قال الحارثي: اختاره المصنف، والأكثرون من أهل المذهب. منهم: القاضي في المجرد، وأبو علي بن شهاب، وابن عقيل في الفصول. قال: وهو المختار.

قال في التلخيص: هذا الصحيح عندي. وصححه في النظم، وغيره. وجزم به في الوجيز، والمنور. وقدمه في المحرر(٢)، والفروع، والفائق.

وعنه: يكون شريكًا بالزيادة. اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله. قاله في الفائق.

قال في الهداية، والمستوعب: الصحيح من المذهب: إن زادت القيمة بذلك، فالغاصب شريك المالك بالزيادة. انتهى.

---

(١) قدمه فعلا صاحب الشرح انظر الشرح (٥/٣٩٤).

(٢) قدمه في المحرر فقال (وإذا غير المغصوب فأزال اسمه كطحن الحب وضرب النقرةدراهم وطبخ الطين آجرا ونحوه فهو لمالكه وعلى الغاصب نقضه ولا شيء له لزيادته). المحرر (١/٣٦١).

وقدمه فى الخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، وناظم المفردات. وقال: رجحه الأكثر فى الخلاف. انتهى.

واختاره القاضى فى الجامع الصغير، والقاضى يعقوب، وابن عقيل فى التذكرة، وأبو الحسن بن بكروس.

وقيل: للغاصب أجرة عمله فقط، إذا كانت الزيادة مثلها فصاعدًا. أومأ إليه ابن أبى موسى. ذكره عنه فى التلخيص.

قال الحارثى: قاله ابن أبى موسى، والشيرازى.

فعلى هذا: إن عمل و لم يستأجر، فلا شىء له قاله الشيرازى فى المبهج.

وقال أبو بكر: يملكه، وعليه قيمته قبل تغييره. وهو رواية نقلها محمد بن الحكم، إلا أن المصنف، والشارح قالا: هو قول قديم رجع عنه. فإن محمدًا مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة.

قلت: موته قبل أبى عبد الله بعشرين سنة لايدل على أنه رجع عنه، بل لابد من دليل على رجوعه، وإلا فالأصل عدمه.

ثم وجدت الحارثى قال نحوه. فقال: وليس يلزم من تقدم الوفاة الرجوع. إذ من الجائز تقدم سماع من تأخرت وفاته. وكان يجب على ما قال إلغاء ما خالف أبو بكر فيه لرواية من تأخر موته. والأمر بخلافه. انتهى.

وعنه: يخير المالك بين العين والقيمة.

قال فى الفائق: وهو المختار.

تنبيه: أدخل المصنف فيما يغير المغصوب عن صفته: قصر الثوب، وذبح الشاة وشيها.

قال فى الفروع: فذكر جماعة: أنه كالنوع الأول.

قلت: منهم صاحب المستوعب، والتلخيص، والشرح[1]، والنظم، والفائق، والوجيز، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

قال الحارثى: وقد أدرج هو وغيره فى هذا الأصل قصارة الثوب. وليس بالمختار. لانتفاء سلب الاسم والمغنى.

---

(١) جزم به فى الشرح فقال: (لأن عين مال المغصوب قائمة فلزم ردها إليه كما لو ذبح الشاة و لم يشوها ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقره دراهم). الشرح (٣٩٥/٥).

تنبيه ثان: أفاد المصنف أن ذبح الغاصب للحيوان المغصوب لا يحرم أكله. وهو كذلك على الصحيح. ويأتى ذلك عند تصرفات الغاصب الحكمية، وفى باب القطع فى السرقة.

فائدة: ما صوره المصنف وغيره فى هذه المسألة: ينقسم إلى: ممكن الرد إلى الحالة الأولى - كالحلى، والأوانى، والدراهم - فيجبر المالك على الإعادة. قاله فى التلخيص. واقتصر عليه الحارثى.

وإلى غير ممكن - كالأبواب، والفخار، ونحوهما - فليس للغاصب إفساده. ولا للمالك إجباره عليه، فيما عدا الأبواب ونحوهما.

وقال ابن عقيل، فى الأوانى المتخذه من التراب: للمالك ردها ومطالبته بمثل التراب.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا، فَحَفَرَ فِيهَا بِئْرًا وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِي أَرْضِ مَالِكِهَا: لَمْ يَمْلِكْ طَمَّها إِذَا أبرأهُ المَالِكُ مِنْ ضَمَانِ مَا يَتْلَفُ بِهاَ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

إذا حفر بئرًا، أو شق نهرًا فى أرض غصبها. فطالبه المالك بطمها: لزمه ذلك إن كان لغرض. قاله الحارثى.

وإن أراد الغاصب طمها ابتداء، فلا يخلو: إما أن يكون لغرض صحيح، أو لا فإن كان لغرض صحيح - كإسقاط ضمان ما يقع فيها. أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه، أو ملك غيره، أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه - فله طمها من غير إذن ربها. على الصحيح من المذهب. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وجزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والمحرر[٣].

واختاره القاضى. وقدمه فى الفروع، والحارثى، والخلاصة.

وقيل: لا يملك طمها إلا بإذنه. وهو ظاهر ما قدمه فى المستوعب، والتلخيص. على ما يأتى من كلامهما.

وإن لم يكن له غرض صحيح فى ذلك - وهى مسألة المصنف. مثل: أن يكون قد وضع التراب فى أرض مالكها، أو فى موات، أو أبرأه من ضمان ما يتلف بها - قال المصنف، والشارح: أو منعه منه. فهل يملك طمها؟ فيه وجهان.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه. انظر المغنى (٣٨٢/٥).
(٢) وكذلك فى الشرح. انظر الشرح (٣٩٧/٥).
(٣) ذكره أيضًا بنصه فى المحرر. انظر المحرر (٣٦١/١).

وأطلقهما فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والمحرر(٣)، والفروع، والحارثى.

أحدهما: لا يملك طمها. وهو الصحيح. نصره المصنف، والشارح. وصححه فى التصحيح. واختاره أبو الخطاب.

والوجه الثاني: يملكه. اختاره القاضى.

قال فى المستوعب، والتلخيص: وإن غصب دارًا فحفر فيها بئرًا، ثم استردها مالكها، فأراد الغاصب طم البئر: لم يكن له ذلك.

وقال القاضى: له ذلك من غير رضى المالك.

وقال أبو الخطاب فى الهداية: ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف فيها. انتهى. وأطلقهن فى المذهب.

قال فى التلخيص: وأصل اختلاف القاضى، وأبى الخطاب: هل الرضى الطارئ كالمقارن للحفر، أم لا؟ والصحيح: أنه كالمقارن. انتهى

وقال في الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق: وإن حفر فيها بئرًا أو نحوها. فله طمها مطلقًا.

وإن سخط ربها، فأوجه: النفى، والإثبات.

والثالث: إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها، وصح فى وجه: فلا.

زاد فى الرعاية الكبرى وجها رابعًا: وهو إن كان غرضه فيه صحيحًا - كدفع ضرر، وخطر ونحوهما - وإلا فلا.

وخامسًا: وهو إن ترك ترابها فى أرض غير ربها: فلا.

وقيل: بلى، مع غرض صحيح. انتهى. وتقدم ذلك والصحيح منه.

تنبيهان

أحدهما: فى القول المحكى عن القاضى.

قال الحارثى: إذا كان مأخوذًا من غير كتاب المجرد: فنعم. وإن كان من المجرد:

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (الأول: لا يستطيع طمها لأنه إتلاف لانفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد جعلها نقرة. والثانى - له طمها لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لأنه إبراء مما لم يجب بعد وهو إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها) المغنى (٥/٣٨٣).

(٢) وكذلك ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥/٣٩٧).

(٣) أفاد أيضًا فى المحرر بالإطلاق فقال: (فهل يصح الإبراء ويمنع طمسها على وجهين) المحرر (١/٣٦٢).

فكلامه فيه موافق لأبى الخطاب. فإنه قال – وذكر كلامه.

قلت: الناقل عن القاضى تلميذه أبو الخطاب فى الهداية. وهو أعلم بكلامه من غيره. وللقاضى فى مسائل كثيرة القولان والثلاثة. وكتبه كثيرة.

الثانى: ظاهر كلام أبى الخطاب وجماعة: أنه إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها: أنه يصح، ويبرأ. وهو أحد الوجهين.

اختاره المصنف، والشارح، وابن عقيل، والقاضى فى المجرد. قاله الحارثى لما ذكر كلامه المتقدم.

والوجه الثانى: أنه لايبرأ. وتقدم قريبًا كلامه فى الرعايتين فى ذلك. وأطلقهما فى المحرر[١].

قال الحارثى: وحاصل المسألة الأولى: الخلاف فى صحة الإبراء. وفيه وجهان.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ، أَوْ بَيْضًا فَصارَ فِرَاخًا، أَوْ نَوًى فَصَارَ غِرَاسًا﴾.

قال فى الإنتضار: أو غصنًا فصار شجرة: رده. ولاشىء له. وهذا المذهب وعليه الأصحاب[٢]. وقطع به كثير منهم. ويتخرج فيها مثل الذى قبلها.

قال المصنف، والشارح: ويتخرج أن يملكه الغاصب.

فعلى هذا: يتخرج لنا: أن يكون شريكًا بالزيادة، كالمسألة التى قبلها. انتهى.

وذلك: لأنها نوع مما تقدم من تغيير العين وتبدل اسمها.

فائدة: ذكر فى الكافى[٣] من صور الاستحالة: الزرع يصير حبًّا.

قال الحارثى: وفيه نظر، فإن الزرع إن كان قد سَنْبَل حالة الغصب: فهو من قبيل الرطب والعنب يصيران تمرًا وزبيبًا وليسا من المستحيل بالاتفاق. وإن لم يكن سنبل: فهو فى معنى إثمار الشجر. فيكون من قبيل المتولد، لا المستحيل لوجود الذات عينا. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ نَقَصَ: لَزِمَهُ ضَمانُ نَقْصِهِ بِقِيَمِتِه، رَقِيقًا كَانَ أَوْ غَيْرِهِ﴾.

قال الأصحاب: ولو بنبات لحية أمرد، وقطع ذنب حمار. وهذا المذهب فى ذلك

---

(١) انظر المحرر (١/٣٦٢).

(٢) قال ذكره فى الشرح: (فقال: لأنه غين مال المغصوب منه) الشرح (٥/٣٩٨). والكافى (٢/٢٢٠). والعمدة (٢٧٢). والمحرر (١/٣٦١). والمغنى (٥/٤٠٥).

(٣) ذكره فعلا فى الكافى بنصه فقال. وحباً صار زرعاً. وزرع صار حباً) الكافى (٢/٢٢٠).

كله. وجزم به في الوجيز وغيره. واختاره المصنف، والشارح، والمجد، وغيرهم. وقدمه في المحرر[١]، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والشرح[٢]، والحارثي.

وقال: عليه جمهور أهل المذهب.

﴿وَعَنْهُ: أَنَّ الرَّقِيقَ يُضْمَنُ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي الإتْلافِ﴾.

فيجب في يده: نصف قيمته، وفي موضحته: نصف عشر قيمته[٣]. وعلى هذا فقس.

فإن كان النقص مما لا مقدر فيه، كنقصه للكبر أو المرض، أو شجه دون الموضحة: فعليه ما نقص مع الرد فقط.

قال الحارثي: هذه الرواية أقوى.

﴿وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا﴾. وانفرد المصنف بهذا التخريج هنا. قاله الزركشي.

وعنه في عين الدابة - من الخيل، والبغال، والحمير - ربع قيمتها. نصرها القاضي، وأصحابه.

قال الزركشي: وهو المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله.

فقال القاضي - في روايتيه - وأبو الخطاب، والمصنف، والمجد، والشارح، وغيرهم: الخلاف في عين الدابة من الخيل، والبغال، والحمير. وقدمه في الفروع وغيره.

قال الزركشي: ونصوص الإمام أحمد رحمه الله على ذلك.

وقال في الفروع: وخص في الروضة هذه الرواية بعين الفرس. وجعل في عين غيرها ما نقص. والأمام أحمد إنما قال في عين الدابة. انتهى.

قال الحارثي: من الأصحاب من قصر الخلاف على عين الفرس، دون البغل والحمار. وهذه طريقة القاضي في التعليق الكبير، وأبي الخطاب في رءوس المسائل، والقاضي يعقوب، وأبي المواهب الحسين بن محمد العكبري في آخرين. واختار أكثر

---

(١) قدمه صاحب المحرر فقال: (وعلى الغاصب نقصه ولا شيء له لزيادته) المحرر (١/٣٦١).
(٢) ذكره أيضًا في الشرح (٥/٣٩٨).
(٣) ذكره في الشرح (٥/٣٩٩). وكذلك في الكافي (٢/٢١٨).

هؤلاء القول بالمقدر..

قال: ونص الإمام أحمد يقتضى العموم. فإن لفظ«الدابة» يشمل البغل، والفرس، والحمار. وكذلك صيغة الدليل المتمسك به. فالتخصيص خلاف الأصل، مع أنّا نجد فى الفرس خصائص تناسب اختصاص الحكم به، لكن ما أخذنا فيه غير القياس. ولا يمكن إعمال ما ذكرنا من المناسبة. انتهى.

قلت: وممن خص الرواية بعين الفرس من المتأخرين: الشريف أبو جعفر وصاحب المستوعب، والكافى[1]، والتلخيص وغيرهم.

فعلى هذه الرواية، فى العينين: ما نقص، كسائر الأعضاء.

قال الحارثى: كذلك قال الأصحاب. لا أعلمهم اختلفوا فيه.

قال: وعن أبى حنيفة: نصف القيمة، اعتبارًا بالربع فى إحداهما.

قال: وهو أظهر. انتهى.

ويأتى: إذا شق ثوبًا، أو أتلف عصا، أو قصعة، أو كسر خلخالاً ونحوه فى ضمان غير المثلى فى الفصل السادس، والخلاف فيه.

ويأتى وقت لزوم قيمته فى أول الفصل السادس فى كلام المصنف.

تنبيه: دخل فى قول المصنف:«وإن تلف لزمه ضمان نقصه بقيمته» لو جنى على حيوان حامل فألقت جنينها ميتًا. وهو كذلك. فيجب عليه ضمان ما نقص من أمه بالجناية. نص عليه فى رواية منصور. وعليه جماهير الأصحاب. قاله فى القاعدة الرابعة والثمانين.

وقال أبو بكر: يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه، كجنين الأمة.

قال فى القواعد: وقياسه جنين الصيد فى الحرم والإحرام. والمشهور: أنه يضمنه بما نقص أمه أيضًا. ويأتى فى مقادير الديّات.

قال: ولو ألقت البهيمة بالجناية جنينًا حيًا ثم مات: ففيه احتمالان. ذكرهما القاضى، وابن عقيل فى الرهن.

أحدهما: يضمن قيمة الولد حياً لا غير.

---

(١) رواه صاحب الكافى عن أحمد فقال: (وروى عن أحمد فيمن قلع عين فرس أنه يضمنها بربع قيمتها لأنه يروى عن عمر رضى الله عنه. والصحيح أنه يضمنها بنقصها لأنها بهيمة فلم يكن فيها مقدر كسائر البهائم أو كسائر أعضائها) الكافى (٢/٢١٨).

والثانى: عليه أكثر الأمرين، أو ما نقصت الأم. انتهى.

قلت: الثانى هو الصواب.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ: ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ﴾.

وهذا مفرع على القول بالمقدر من القيمة(١). قاله الحارثى.

قال الشارح: إذا جنى الغاصب على العبد المغصوب جناية مقدرة: الدية.

فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية: يكون الواجب أرش الجناية. كما لو جنى عليه من غير غصب.

وإن قلنا: ضمان الغصب غير ضمان الجناية - وهو الصحيح - فعليه أكثر الأمرين: من أرش النقص، أو دية ذلك العضو.

وجزم بأنه يضمنه بأكثر الأمرين فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والوجيز.

قال فى الفروع: يضمنه بأكثرهما على الأصح.

وعنه: أنه يضمن بما نقص.

ذكرها المصنف فى هذا الكتاب فى الفصل الثالث من باب مقادير الديَّات. اختارها الخلال، وابن عقيل أيضًا. ذكره الحارثى.

لكن هذه الرواية أعم من أن يكون الجانى الغاصب أو غيره.

قال الحارثى: وجوب أكثر الأمرين مفرع على القول بالمقدر. لاجتماع السببين باليد والجناية.

مثاله: لو كانت القيمة ألفاً، فنقصت بالقطع أربعمائة: فالواجب خمسمائة. ولو نقص ستمائة: كان هو الواجب.

وعلى القول بما نقص: فكذلك فى الستمائة. لأنه على وفق الموجب. وفيما قبله أربعمائة. لأنه ما نقص.

فائدة: لو غصب عبدًا قيمته ألف. فزادت القيمة إلى ألفين، ثم قطع يده فنقص ألفا: فيجب ألف على كلا الروايتين. وهذا بلا نزاع(٢).

---

(١) قاله فى الشرح: (لأن ضمان الغصب غير ضمان الجناية فعليه أكثر الأمرين من أرش النقص أو دية ذلك العضو لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الأخر فيه فإن الجناية والديه وجدا جميعا) الشرح (٥/٤٠٠) والمغنى (٥/٣٨٨). والكافى (٢/٢١٨).

(٢) قال فى الشرح :(لأنها زيادة فى نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل-

وإن نقص ألفًا وخمسمائة: فالواجب ألف وخمسمائة، على الروايتين أيضًا.

أما بتقدير القول بما نقص: فظاهر. وبتقدير القول بالمقدر: يكون الواجب أكثر الأمرين. فإذا استويا كان أولى.

وقال المصنف، والشارح: وإن قلنا: الواجب ضمان الجناية - يعني: المقدر - فعليه ألف فقط.

قال الحارثي: وهذا مشكل جدًا. لإفضائه إلى إلغاء أثر اليد مع وجودها. انتهى.

وإن نقص خمسمائة، فقال الحارثي: فعلى رواية المقدر: عليه ألف. وعلى رواية ما نقص: عليه خمسمائة فقط. وهو ظاهر. وكذا قال غيره.

تنبيهان

الأول: تكلم المصنف هنا على العبد إذا جنى عليه الغاصب، أو جنى عليه في حال غصبه. وبقي قسم ثالث، وهو ما إذا جنى عليه من غير غصب. وقد ذكره المصنف في باب مقادير الديات في الفصل الثالث.

الثاني: قوله: ﴿وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الغَاصِبِ، فَلَهُ تَضْمِينُ الغَاصِبِ أَكْثَرَ الأَمْرَيْنِ. وَيَرْجِعُ الغَاصِبِ عَلَى الْجَانِي بِأَرْشِ الجِنَايَةِ. وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِي أَرْشِ الجِنَايَةِ، وَتَضْمِينُ الغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ﴾.

هذا مفرع على القول بالمقدر(١).

أما على القول بما نقص: فللمالك تضمينه من شاء منهما. وقرار الضمان على الجاني لمباشرته. قاله الحارثي. وهو واضح.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ عَبْداً فَخَصَاهُ: لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدّ قِيمَتِهِ﴾.

وكذا لو قطع يديه، أو رجليه، أو لسانه، أو ما تجب فيه الدية كاملة من الحر. فإنه يلزمه رده ورد قيمته. ونص عليه الإمام أحمد. وعليه الأصحاب(٢).

=ولأنها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب) الشرح (٤٠٣/٥). وكذلك في المغنى (٣٩٧/٥). الكافى (٢١٩/٢). العمدة (٢٧٢).

(١) قال في الشرح: (فللمالك تضمين من شاء منها لأن الجانى قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فإن ضمن الجانى ضمنه نصف القيمة) الشرح (٤٠٠/٥). والمغنى (٣٨٨/٥). والعمدة (٢٧٢). والكافى (٢١٨/٢).

(٢) ذكره في المغنى (فقال: أو ما تجب منه الديه من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه أحمد لأن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك لأن الضمان في مقابلة التالف لا في مقابلة الجملة). المغنى (٣٨٩/٥). والكافى (٢١٨/٢). وكذلك في الشرح (٤٠١/٥).

قال الحارثى: فيه ما فى الذى قبله من الخلاف. غير أنه لا يتأتى القول بأكثر الأمرين لاستغراق القيمة فى المقدر، وإن لم تنقص القيمة بالخصاء.

فعلى القول بالمقدر: يرده ومعه قيمته. وعلى القول مما نقص: لا يلزمه شىء. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ نَقَصَتِ العَيْنُ﴾. أى: قيمة العين: ﴿لِتَغَيُّرِ الأَسْعارِ: لَمْ يَضْمَنْ. نَصَّ عَلَيْهِ﴾.

وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب(١). ونص عليه.

قال الحارثى: هذا المذهب. وعليه التفريع.

قال الزركشى: اختاره الأصحاب، حتى إن القاضى قال: لم أجد عن الإمام أحمد رحمه الله رواية الضمان. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وعنه: يضمن. اختاره ابن موسى، والشيخ تقى الدين رحمه الله. قاله فى الفائق، ورده الحارثى.

وقيل: يضمن نقصه مع تغير الأسعار إذا تلف. وإلا فلا.

وقال الحارثى - بعد أن حكى الروايتين: وهذا كله ما لم يتصل التلف بالزيادة.

فإن اتصل، بأن غصب ما قيمته مائة، فارتفع السعر إلى مائتين، وتلفت العين: ضمن المائتين. وجهًا واحدًا. إذ الضمان معتبر بيوم التلف.

وإن كان مثليًا: فالواجب المثل بلا خلاف.

وقال فى التلخيص: لو غصب شيئًا يساوى خمسة، فعادت قيمته إلى درهم، ثم تلف: لزمه خمسة. وهذا على اعتبار الضمان بحالة الغصب.

قال الحارثى: وهو قول ضعيف. وليس بالمذهب. وإنما استرسل إليه من كلام بعض المخالفين.

ولو تلف نصف العين بعد العود إلى درهم. فرجع الباقى إلى نصف درهم: ردَّ

---

(١) ذكره فى الشرح (فقال: لأنه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شىء كما لو لم تنقص ولأن الغاصب يضمن ما غضبه والقيمة لا تدخل فى الغصب بخلاف زيادة العين فإنها مغصوبة) الشرح (٥/٤٠٣). والمغنى (٥/٤٠٠). والكافى (٢/٢٢٦).

الباقى ومعه قيمة التالف نصف درهم.

وفى التلخيص: يرد درهمين ونصفا. وليس بالمذهب، كما قلنا.

قال الحارثى: وإنما أوردته تنبيهًا.

قوله: ﴿وَإِنْ نَقَصَتْ الْقِيمَةُ لِمَرَضٍ، ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ: لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ﴾.

وهو المذهب. جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والفائق، والوجيز، والحارثى، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم من الأصحاب. وقدمه فى الفروع.

وقال: ونصه يضمن.

وحكى الحارثى وجها للشافعية بالضمان. قال: وهو عندى قوى بل أقوى. ورد أدلة الأصحاب.

والظاهر: أنه لم يطلع على ما ذكره صاحب الفروع من النص.

فهذا يقوى قوله. وربما كان المذهب.

وقدمه فى الرعاية الكبرى. وقال: نص عليه.

فائدة: لو استرده المالك معيبًا مع الأرش. ثم زال العيب فى يد مالكه. فقال المصنف، والشارح، وغيرهما: لايجب رد الأرش. لاستقراره بأخذ العين ناقصة. وكذا لو أخذ المغصوب بغير أرش، ثم زال فى يده: لم يسقط الأرش كذلك

قال الحارثى: وما يذكر من الاستقرار فغير مسلم.

قال: والصواب - إن شاء الله - الوجوب بقدر النقص الحادث فى المدة. ويجب رد ما زاد إن كان.

قوله: ﴿وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى - مِثْلَ إِنْ تَعَلَّمَ صَنْعَةً - فَعَادَتِ الْقِيمَةُ: ضَمِنَ النَّقْصَ﴾.

وهو المذهب. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[٣]،

---

(١) قال فى المغنى: (رد ولا ضمان عليه لأنه لم يذهب ماله والعيب الذى أوجب الضمان زال فى يديه) المغنى (٥/٣٩٩).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى الموضع السابقه. الشرح (٥/٤٠٣).

(٣) انظر المغنى (٥/٣٩٨).

والشرح[١]، والحارثى، والفائق، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقيل: لا يضمنه.

قوله: ﴿وَإِنْ زَادَتِ القِيمَةُ - لِسَمَنٍ، أَوْ نَحْوِهِ - ثُمَّ نَقَصَتْ: ضَمِنَ الزِّيَادَةَ﴾.

وهو الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع، والرعايتين: ضمن على الأصح. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى[٢]، الشرح[٣]. ونصراه، والتلخيص، والحارثى، والحاوى الصغير، وغيرهم. وقاله الخرقى، وغيره.

وعنه: إذا رده بعينه: لم يلزمه شىء. ذكرها ابن أبى موسى. وهما وجهان مطلقان فى الفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ عَادَ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الأُولَى مِنْ جِنْسِهَا﴾.

مثل: إن كانت قيمتها مائة. فزادت إلى ألف لسمن ونحوه. ثم هزلت فعادت إلى مائة، ثم سمنت فزادت إلى ألف: لم يضمنها فى أحد الوجهين.

وهما احتمالان للقاضى فى المجرد. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب والخلاصة، والمغنى[٤]، والشرح[٥]، والتلخيص، والفروع، والحاوى الصغير.

أحدهما: لايضمنها. وهو المذهب.

قال الحارثى: هذا المذهب. لنصه فى الخلخال يكسر؟ قال: يصلحه أحب إلىَّ. وهو أحد صور المسألة. وصححه فى التصحيح.

قال المصنف، والشارح: هذا أقيس. وجزم به فى الوجيز.

---

(١) انظر الشرح (٥/٤٠٤).

(٢) انظر المغنى (٥/٣٩٨).

(٣) انظر الشرح (٥/٤٠٤).

(٤) ذكر الإطلاق فى المغنى (قال : وجهان أحدهما: يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كان من جنسين فإن ملك الإنسان لا ينجبر بملكه لأن الزيادة الثانية غير الأولى فعلى هذا إذا هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة مثلا ضمن النقصين بألف وثمانمائة إذا قلنا أن قيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفاً). الثانى: - أنه إذا ردها سمينة فلا شىء عليه لأنه عاد ما ذهب فأشبه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم نقلتها أو أبق العبد ثم عاد) المغنى (٥/٣٩٨).

(٥) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥/٤٠٥).

والوجه الثاني: يضمنها. قال في الرعايتين، والفائق: ضمنها في أصح الوجهين. وقدمه ابن رزين في شرحه.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الأُولَى: لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهَا﴾.

وهو الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به في التلخيص، والوجيز، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم. وقدمه في الفروع، والحارثى. وقال: هذا المذهب.

وقيل: يسقط الضمان. ذكره ابن عقيل. وأطلقهما في الشرح(١).

فائدة: من صور المسألة: لو كان الذاهب علمًا أو صناعة، فتعلم علمًا آخر أو صناعة أخرى. قاله الحارثى.

وقال المصنف، والشارح: هو كعود السمن. يجرى فيها الوجهان.

قال الحارثى: والصحيح الأول.

قوله: ﴿وَإِنْ نَقَصَ المغْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ وَعَفِنَتْ – خُيِّرَ بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّى يَسْتَقِرَّ فَسَادُهَا، وَيَأْخُذُهَا وَأَرْشَ نَقْصِهَا﴾.

هذا أحد الوجوه. جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، والفائق، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى، والنظم.

قال المصنف: قول أبي الخطاب في الهداية لا بأس به.

وقيل: له أرش مانقص به من غير تخيير. اختاره المصنف في المغني(٢). وقدمه في الشرح(٣).

وقيل: يضمنه ببدله، كما في الهالك.

---

(١) أحال حكم هذه المسألة على حكم المسألة التى قبلها وفيها وجهان. الأولى:– يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى. والثانى:– إذا ردها سمينه فلا شيء عليه لأن ما ذهب عاد فهى كما لو مرضت فنقص) الشرح (٥/٤٠٤).

(٢) قال في المغني: (لأن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فمرض) المغنى (٥/٣٩١).

(٣) ذكره في الشرح وقدمه كما في المغني. الشرح (٥/٤٠٧).

قال الحارثى: وهو قول القاضى، وأصحابه - الشريف أبى جعفر، وابن عقيل، والقاضى يعقوب بن إبراهيم - والشيرازى، وأبى الخطاب فى رءوس المسائل، والشريف الزيدى. واختاره ابن بكروس.

وخيره فى الترغيب بين أخذه مع أرشه، وبين أخذ بدله. وأطلقهن فى الفروع

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يستقر العفن. أما إن استقر: فالأرش بغير خلاف فى المذهب. قاله الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ غَيْرِهِ﴾.

إن جنى على غير سيده: فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاع[1]. وسواء فى ذلك ما يوجب القصاص والمال. ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد وإن جنى على سيده، فعلى الغاصب أيضًا: أرش الجناية. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وجزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، والوجيز، والهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقيل: لايضمن جنايته على سيده. لتعلقها برقبته.

قال الحارثى: إذا جنى على سيده، فقال المصنف، وأبو الخطاب: يضمن الغاصب أيضًا واستدل له بالقياس على الأجنبى. قال: وإنما يتمشى هذا حالة الاقتصاص لوجود الفوات.

أما حالة عدم الاقتصاص: فلا. لأن الفوات منتف. فالضمان منتف.

وإنما قلنا «الفوات منتف» لأن الغاية إذا تعلق الأرش بالرقبة. وهو غير ممكن. لأن ملك المجنى عليه فيها حاصل. فلا يمكن تحصيله. فيكون حالة عدم القصاص هدر.

---

(١) ذكره فى المحرر فقال: (وجناية العبد المغصوب على سيده مضمونه على غاصبه مهدر إلا فى النقود فلو قتل عبدا لأحدهما عمدا فله قتله به ثم يرجع السيد بقيمته على الغاصب فيهما) المحرر(٣٦٢/١). والعمدة (٢٧١). والكافى (٢١٩/٢).

(٢) ذكره فى المغنى (فقال: لأنه نقص فى العبد الجانى أرش الجنايه متعلق برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء فى ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد وان جنى على سيده فجنايته مضمونه على الغاصب أيضًا لأنها من جملة جنا ية فكان مضمونا على الغاصب كالجناية على الأجنبى) المغنى (٣٨٩/٥).

(٣) ذكر فى الشرح كما فى المغنى (٣٨٩/٥). الشرح (٤٠٨/٥).

ثم قال بعد ذلك: وأما الجناية الموجبة للمال ـ كالخطأ، وإتلاف المال ــ فمتعلقة بالرقبة، وعلى الغاصب تخليصها بالفداء وبما يفدى.

قال القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم: بأقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية.

ولم يوردوا هنا القول بالأرش بالغًا ما بلغ. كما فى فداء السيد للعبد الجانى. لأن الذى ذكروه هو الأصح. لا لأن الخلاف غير مطرد، وفى كون الأول هو الأصح بحث. انتهى.

فائدتان

إحداهما: قوله: ﴿وَجِنَايَتُهُ عَلَى الغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدَرٌ﴾.

بلا نزاع[1].

وقوله ﴿وَيَضْمَنُ زَوَائِدَ الغَصْبِ – كَالْوَلَدِ، وَالثَّمَرَةِ – إِذَا تَلِفَتْ، أَوْ نَقَصَتْ كَالأَصْلِ﴾.

بلا نزاع فى الجملة[2].

فإذا غصب حاملاً أو حائلا، فحملت عنده: فالولد مضمون عليه.

ثم إذا ولدت، فلا يخلو: إما أن تلده حيًا، أو ميتًا.

فإن ولدته ميتًا، وكان قد غصبها حاملاً: فلا شئ عليه. لأنه لا يعلم حياته.

وإن كان غصبها حائلا، فحملت وولدته ميتًا: فكذلك عند القاضى.

وعند أبيه أبى الحسين: يضمنه بقيمته لو كان حيًا.

وقال المصنف، ومن تبعه، والأولى: أنه يضمنه بعشر قيمة أمه.

وإن ولدته حيًا ومات: فعليه قيمته يوم تلفه.

الثانية: قال فى الفروع ـ فى هذا الباب، فى أول الفصل الأخير منه: وإطلاق الأصحاب بأنه لا يضمن ما أتلفته بهيمة لا يَد عليها ظاهرة، ولو كانت مغصوبة. لظاهر الخبر.

---

(١) ذكره فى المحرر فقال: (وجنايته على غاصبه مهدرة إلا فى القود). المحرر (١/٣٦٢). والكافى (٢/٢١٩). والشرح (٥/٤٠٩).

(٢) قال فى الشرح: (لأنه فعل محرم بثبوت يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محظور لا يصح لأنه بإمساك الأم تسبب إلى إثبات يده) الشرح (٥/٤٠٩). والكافى (٢/٢٢٠). المغنى (٥/٤٢٠).

وعلل الأصحاب المسألة بأنه لا تفريط من المالك. ولا ذمة لها فيتعلق بها. ولا قصد فيتعلق برقبتها.

ويبين ذلك: أنهم ذكروا جناية العبد المغصوب، وأن الغاصب يضمنها.

وقالوا: لأن جنايته تتعلق برقبته فضمنها. لأنه نقص حصل فى يد المغصوب.

فهذا التخصيص وتعليله يقتضى خلافه فى البهيمة.

قال: وهذا فيه نظر. ولهذا قال ابن عقيل فى جنايات البهائم: لو نقب لص، وترك النقب، فخرجت منه بهيمة: ضمنها. وضمن ما تجنى بإفلاتها وتخليتها.

وقد يحتمل، إن حازها وتركها بمكان: ضمن. لتعديه بتركها فيه. بخلاف ما لو تركها بمكانها وقت الغصب. وفيه نظر.

ولهذا قال الأصحاب، فى نقل التراب من الأرض المغصوبة: إن أراده الغاصب، وأبى المالك: فللغاصب ذلك مع غرض صحيح. مثل: إن كان نقله إلى ملك نفسه، فينقله لينتفع بالمكان، أو كان طرحه في طريق. فيضمن ما يتجدد به من جناية على آدمى، أو بهيمة.

ولا يملك ذلك بلا غرض صحيح. مثل: إن كان نقله إلى ملك المالك، أو طرف الأرض التى حفرها.

ويفارق طم البئر. لأنه لا ينفك عن غرض. لأنه يسقط ضمان جناية الحفر.

زاد ابن عقيل: ولعله معنى كلام بعضهم: أو جناية الغير بالتراب. انتهى. كلام صاحب الفروع.

ومحل هذه الفائدة: عند ضمان ما أتلفت البهيمة. لكن لها هنا نوع تعلق.

قوله: ﴿وَإِنْ خَلَطَ المغْصُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ لاَ يَتَمَيَّزُ، مِثْلَ: أَنْ خَلَطَ حِنْطَةً، أَوْ زَيْتاً بِمِثْلِهِ﴾.

قال فى الرعاية: ولم يشتركا فيهما. انتهى: لزمه مثله منه فى أحد الوجهين.

وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله.

قال فى القاعدة الثانية والعشرين: المنصوص فى رواية عبد الله، وأبى الحارث: أنه اشتراك فيما إذا خلط زيته بزيت غيره.

واختاره ابن حامد، والقاضى فى خلافه، وابن عبدوس فى تذكرته، والمصنف،

والشارح، وصاحب التلخيص. وجزم به فى المحرر[(١)]، والعمدة[(٢)].

قال فى الوجيز: فهما شريكان.

وقدمه فى الخلاصة، والرعايتين، والحاوى الصغير، وشرح ابن رزين، والفروع، وغيرهم.

قال الحارثى: هذا أمس بالمذهب. وأقرب إلى الصواب.

وفى الآخر: يلزمه مثله من حيث شاء. اختاره القاضى فى المجرد.

وقال: هذا قياس المذهب. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى[(٣)]، والشرح[(٤)]، والفائق، والحارثى، والزركشى، وغيرهم.

قال فى الفروع: وقال فى الوسيلة، والموجز: يقسم بينهما بقدر قيمتها. انتهى.

وقال الحارثى: وفيه وجه ثالث. وهو الشركة، كما فى الأول، لكن يباع ويقسم الثمن على الحصة. كذا أطلق القاضى يعقوب بن إبراهيم فى تعليقه، وأبو الخطاب، وأبو الحسن بن بكروس، وغيرهما فى رءوس مسائلهم. حتى قالوا به فى الدنانير والدراهم.

وقاله ابن عقيل فى تذكرته.

وأظنه قول القاضى فى التعليق الكبير. انتهى.

ثم قال: وأما إجراء هذا الوجه فى الدنانير، والدراهم: فواه جدًّا. لأنها قيم الأشياء، وقسمتها ممكنة. فأى فائدة فى البيع؟ ورد هذا الوجه الأخير.

فائدة: هل يجوز للغاصب أن يتصرف فى قدر ماله فيه، أم لا؟.

قال الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى رواية أبى طالب: قد اختلط أوله وآخره. أعجب

---

(١) ذكره فى المحرر فقال: (وإذا خلط المغصوب بما يمتاز منه لزمه تخليصه وإن لم يتميز كزيت خلطه بمثله لزمه مثل مكيلة منه وإن خلطه بدونه أو بخير منه أو بغير جنسه. فهما شريكان بقدر قيمتهما). المحرر (٣٦١/١).

(٢) ذكره فى العمدة (٢٧٣).

(٣) ذكره فى المغنى كما فى الشرح النقطة القادمة. المغنى (٤٢٩/٥).

(٤) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى: فقال (إذا خلط المغصوب بماله بحيث لا تتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثله أو دراهم أو دنانير بمثلها فقال ابن حامد: يلزمه مثل المغصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد – لأنه نص على أن يكون شريكا له إذا خلطه بغير جنسه فيكون تنبيها على ما إذا خلطه بجنسه. وقال القاضى قياس المذهب: أنه يلزمه مثله من حيث شاء الغاصب لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبه ما لو تلفت لأنه لا يتميز له شىء من ماله) الشرح (٤١٠/٥).

إلى أن يتنزه عنه كله، ويتصدق به.

وأنكر قول من قال: يخرج منه بقدر ما خالطه.

واختار ابن عقيل في فنونه: التحريم. لامتزاج الحلال بالحرام فيه، واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر.

وعلى هذا: ليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه. وهذا بناء على أنه اشتراك.

وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية أخرى: أنه استهلاك. فيتخرج به قدر الحرام، ولو من غيره. قاله ابن رجب في القاعدة الثانية والعشرين.

قوله: ﴿وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهُ، أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ﴾. يعني: على وجه لا يتميز: ﴿لَزِمَهُ مِثْلُهُ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا﴾.

قال القاضي، في المجرد: قياس المذهب يلزم الغاصب مثله.

واختاره في الكافي[1]. وإليه ميل الشارح.

وظاهر كلامه: أنهما شريكان بقدر ملكيهما. وهو المذهب.

قال في الفروع: فشريكان بقدر حقهما، كاختلاطهما من غير غصب. نص عليه في رواية أبي الحارث.

قال الحارثي: وهذا اختيار من سميناه في الوجه الثالث. انتهى.

قال في المذهب: هذا ظاهر المذهب.

واختاره ابن عبدوس في تذكرته. وقدمه في المحرر[2]، والرعايتين، والحاوي الصغير، والخلاصة. وجزم به في الوجيز. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب والتلخيص.

وقال القاضي أيضًا: ما تعذر تمييزه ـ كتالف ـ يلزمه عوضه من حيث شاء. فشمل كلامه هذه المسألة والتي قبلها.

---

(١) ذكره في الكافي فقال: (على قول القاضي قال: قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء الغاصب منه أو من غيره لأنه تعذر رد عينه أشبه ما لو أتلفه) الكافي (٢/٢٢١).

(٢) قدمه في المحرر فقال: (وإن خلطه بدونه أو بخير منه أو بغير جنسه: فهما شريكان بقدر قيمتها) المحرر (١/٣٦١).

فائدتان

إحداهما: لو خلط الزيت بالشيرج ودهن اللوز بدهن الجوز، ودقيق الحنطة بدقيق الشعير، فالمنصوص: الشركة. وعليه أكثر الأصحاب[١] كالتي قبلها. وقد شمله كلام المصنف.

وقياس المذهب: وجوب المثل عند القاضي.

قال الحارثي: وهو أظهر.

الثانية: لو خلط درهما بدرهمين لآخر، فتلف اثنان، فما بقي بينهما أثلاثا، أو نصفين. يتوجه فيه وجهان. قاله في الفروع.

قلت: الذي يظهر: أن لصاحب الدرهمين نصف الباقي لاغير.

وذلك لأنه يحتمل أن يكون التالف ماله كاملاً. فيختص صاحب الدرهم به. ويحتمل أن يكون التالف درهما لهذا ودرهما لهذا. فيختص صاحب الدرهمين بالباقي. فتساويا. لايحتمل غير ذلك، ومال كل واحد منهما متميز قطعًا، بخلاف المسائل المتقدمة.

غايته: أنه أبهم علينا.

فائدة: قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ فَنَقَصَتْ قِيمَتُهمَا، أَوْ قِيمَةُ أَحَدِهِما: ضَمِنَ النَّقْصَ. وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ تَزِدْ، أو زَادَتْ قِيمَتهِما: فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالَهُماَ. وَإِنْ زَادتْ قِيمَةُ أَحَدِهِما: فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ﴾.

هذه الجملة لاخلاف فيها[٢].

لكن قال الحارثي: الضمير في«نقصت قيمتها» عائد على الثوب والصبغ، والسويق والزيت. لأنها إحدى الحالات الواردة في قيمة المالين، من الزيادة والنقص والتساوي.

وفي عوده على مجموع الأمرين ــ أعني الثوب والصبغ في صورة النقص ــ

---

(١) ذكره في الشرح فقال: - وظاهر كلام أحمد أنهما شريكان بقدر ملكيهما ويباع الوصف كله ويعطى كل واحد منها قدر حصته وذلك إننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله) الشرح (٤١٠/٥) الكافي (٢٢١/٢). المحرر (٣٦١/١). المغني (٤٣٠/٥).

(٢) ذكره في الكافي فقال: (فان غصب ثوبا فصبغه فلم تزد قيمة الثوب والصبغ فلم تنقص فهما شريكان يباع الثوب ويقسم ثمنه بينهما لأن الصبغ عين مال له قيمة فلم يسقط حقه فيها باتصالها بمال غيره وإن زادت قيمتها فالزيادة بينهما لأنها نماء مالهما وإن نقصت القيمة ضمنها الغاصب لأن النقص حصل بسببه) الكافي (٢٢١/٢). والشرح (٤١٢/٥). والمحرر (٣٦١/١). والمغني (٤٣١/٥).

مناقشة. فإن ضمان الغاصب لا يتصور. لنقصان الصبغ. إذ هو ماله. فلا يجوز إيراده لإثبات حكم الضمان.

والأجود أن يقال: تنقص قيمة الثوب.

وكذا قوله: «أو قيمة أحدهما» ليس بالجيد. فإنه متناول لحالة النقصان فى الصبغ، دون الثوب. وليس الأمر كذلك. فإن الضمان لايجب على هذا التقدير بحال. والصواب: حذفه.

غير أن الضمان إن فسر بالنسبة إلى الغاصب: يكون النقص محسوبًا عليه. وقيل: باستعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه معًا، وباستعمال المشترك فى مدلوليه معًا. فيتمشى. انتهى.

فإذا حصل النقصان، لكونه مصبوغًا، أو لسوء العمل، فعلى الغاصب.

وعلى هذا يحمل إطلاق المصنف.

فإذا كان قيمة كل منهما خمسة ــ وهى الآن بعد الصبغ ثمانية ــ فالنقص على الغاصب. وإن كان لانخفاض سعر الثياب: فالنقص على المالك. فيكون له ثلاثة.

وإن كان لأنخفاضهما معا على السواء: فالنقص عليهما. لكل منهما أربعة. هذا الصحيح. قدمه الحارثى.

وقيل: يحمل النقص على الصبغ فى كل حال. وهو قول صاحب التلخيص.

قوله: ﴿فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلْعَ الصِّبْغ: لَمْ يُجْبَرِ الآخَرُ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الوجيز. واختاره المصنف، والشارح، وابن عقيل، وغيرهم. وقدمه فى المحرر(١)، والفروع.

قال القاضى: هذا قياس المذهب.

وفيه وجه آخر: يجبر ويضمن النقص، سواء كان الغاصب أو المغصوب منه. وأطلقهما الحارثى فى شرحه.

ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص.

يعنى: إذا أراد الغاصب قلع صبغه، وامتنع المغصوب منه: أجبر على تمكينه من

---

(١) قدمه فى المحرر فقال: (رأيهما طلب قلع الصبغ ضمن وتحمل أن يمكن إذا ضمن نقص حق الآخر) المحرر (٣٦١/١).

قلعه، ويضمن النقص. وهذا قدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

قال المصنف، والشارح: إذا أراد الغاصب قلع الصبغ. فقال أصحابنا: له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر. ويضمن نقص الثوب إن نقص.

ولم يفرق الأصحاب بين مايهلك صبغه بالقلع، وبين ما لا يهلك .

قال المصنف: وينبغى أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه.

وظاهر كلام الخرقى: أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب. لأنه قال: المشترى إذا بنى أو غرس فى الأرض المشفوعة. فله أخذه إذا لم يكن فى أخذه ضرر

وقال المصنف ـ وتبعه الشارح: إن اختار المغصوب منه قلع الصبغ. ففيه وجهان.

أحدهما: يملك إجبار الغاصب عليه(١).

والثاني: لايملك إجباره عليه(٢).

قال القاضى. هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله. انتهى. وتقدم ذلك.

فعلى القول بالإجبار من الطرفين: لو نقص الثوب بالقلع: ضمنه الغاصب. بلا نزاع.

وإن نقص الصبغ. فقال فى الكافى(٣): لا شىء على المالك.

قال الحارثى: وهو أصح.

وقال فى المحرر(٤): يضمنه المالك كما فى الطرف الآخر.

قوله: ﴿وَإِنْ وَهَبَ الصَّبْغَ لِلْمَالِكِ، أَوْ وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّار وَنَحْوِهَا فَهَلْ يَلْزَمُ الْمَالِكَ قُبُولُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

---

(١) قدمه فى الكافى فقال: - يملكه ولا شىء عليه كما يملك قلع الشجر من أرضه) الكافى (٢/٢٢٢). وقدمه أيضا فى المغنى (٥/٤٣٣) وقدمه فى الشرح (٥/٤١٣) والمحرر (١/٣٦١).

(٢) ذكره فقال والآخر لا يملكه لأن الصبغ يهلك به أشبه قلع الزرع وإن بذل المالك قيمة الصبغ ليملكه لم يجبر الغاصب عليه لأنه بيع ماله ويحتمل أن يجبر) الكافى (٢/٢٢٢). وكذلك أخره فى المغنى (٥/٤٣٣). وكذلك أخره فى الشرح (٥/٤١٣). وكذلك أخره فى المحرر (١/٣٦١).

(٣) قال فى الكافى: (فإن نقصت القيمة ضمنها الغاصب لأن النقص حصل بسببه) الكافى (٢/٢٢١).

(٤) قال فى المحرر: (وإن نقصت فعلى الغاصب) إذن لم يقل صاحب المحرر بأن يضمنه المالك فى الطرف الآخر) المحرر (١/٣٦١).

وأطلقهما فى الكافى[(١)]، والمغنى[(٢)]، والشرح[(٣)]، والفائق، والحاوى الصغير.

أحدهما: يلزمه قبوله. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقى فى الصداق. وصححه القاضى، وصاحب المستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعاية الكبرى، والفروع.

قلت: فيعايى بها.

والوجه الثانى: لا يلزمه قبوله. صححه فى التصحيح، والنظم.

قال الحارثى - فى التزويق ونحوه: هذا أقرب إن شاء الله تعالى.

فائدتان

إحداهما: لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة. فقال القاضى، وابن عقيل وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: لا يجبر الغاصب على القبول. واختاراه. قاله فى القواعد. وذكر المصنف وجهًا بالإجبار.

قال الحارثى: وهو الصحيح.

الثانية: لو نسج الغزل المغصوب، أو قصر الثوب، أو عمل الحديد إبرًا، أو سيوفًا ونحو ذلك، ووهبه لمالكه: لزمه قبوله.

ولو سمر بمساميره بابا مغصوبًا، ثم وهب المسامير لرب الباب: لم يلزمه قبولها. قطع به الأكثر. منهم صاحب المستوعب، والتلخيص، والرعاية.

قال فى الفروع: فى الأصح. وقيل: يلزمه.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ صِبْغًا فَصَبَغَ بِهِ ثَوْبًا، أَوْ زَيْتًا فَلَتَّ بِهِ سَوِيقًا: احْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ﴾.

يعنى: يكونان شريكين بقدر ما ليهما، كما لو غصب ثوبًا فصبغه بصبغ من عنده. وهذا المذهب.

قال الحارثى: ولم يذكر الأصحاب سواه فى صورة الصبغ. وجزم به فى التلخيص، والوجيز. وقدمه فى النظم، والرعايتين، والحاوى الصغير.

---

(١) ذكر الإطلاق فى الكافى فقال: (أحدهما: يلزمه قبوله لأنه صار صفة للعين فأشبه قصارة الثوب) والثانى: - لا يلزمه قبوله لأن الصبغ عين يمكن إفرادها فأشبه الغراس فإن أراد المالك بيع الثوب فله ذلك لأنه ملكه فلم يمنع بيعه) الكافى (٢/٢٢٢).

(٢) ذكره فى المغنى كما بالكافى. المغنى (٥/٤٣٣).

(٣) ذكرهما فى الشرح كما بالمغنى والكافى. الشرح (٥/٤١٤).

واحتمل أن يلزمه قيمته، أو مثله إن كان مثليًا. لأن الصبغ والزيت صارا مستهلكين. أشبه ما لو أتلفهما.

قال الحارثى: وهذا مما انفرد به فى الكتاب. قال: ويتخرج مثله فى الصورة السابقة. بمعنى أنه يضيع الصبغ على الصابغ، ويأخذه المالك مجانًا. وأطلق الاحتمالين فى الشرح[(١)]، وشرح ابن منجا.

قوله: ﴿وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ: فَعَلَيْهِ الحَدّ وَالمهْرُ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً. وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ﴾.

هذا المذهب[(٢)] مطلقًا. وعليه أكثر الأصحاب. وصححه المصنف، والشارح.

قال الزركشى: هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، والفائق، وشرح الحارثى، وغيرهم.

وعنه: لايلزمه مهر للثيب. اختاره أبو بكر فى التنبيه، والخرقى، وابن عقيل، والشيخ تقى الدين رحمه الله. ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة. نقله عنه فى الفائق.

قال الزركشى: عدم لزوم مهر الثيب بعيد.

وعنه: لا يلزمه أرش البكارة. لأنه يدخل فى مهرها، وهو احتمال فى المغنى، وغيره.

قال الحارثى: وهو واه.

وعنه: لامهر مع المطاوعة. ذكره الآمدى. قال الزركشى: وهو جيد.

قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ: فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ﴾. وهذا بلا نزاع.

لكن لو انفصل ميتًا، فلا يخلو: إما أن يكون مات بجناية أولا.

فإن كان مات بجناية، فلا يخلو: إما أن تكون من الغاصب أو من غيره.

فإن كانت من الغاصب، فقال المصنف فى المغنى[(٣)]، والشارح، وغيرهما: عليه عشر قيمة أمة.

---

(١) ذكر الاحتمالين فى الشرح فقال: (احتمال أن يكون كذلك كما إذا غصب ثوبا فطبعه حكمه كحكم إذا كان الثوب والسويف للغاصب لأنه خلط المغصوب بماله ويحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثليا لأن المغصوب الصبغ وقد تفرق فى الثوب وتلف). الشرح (٤١٥/٥).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (إذا غصب جارية فوطئها فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك عينه وعليه حد الزنا إن كان عالما بالتحريم وعليه مهر مثلها مكرهه كانت أو مطاوعه لإن المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها) الشرح (٤١٦/٥). والمغنى (٤٠٧/٥). والمحرر (٣٦٢/١).

(٣) قال فى المغنى: وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه عشر قيمة أمه لأن ولدها ملك للمغصوب منه فلا يتجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة) المغنى (٤٠٨/٥).

وقال الحارثى: والأولى أكثر الأمرين، من قيمة الولد أو عشر قيمة أمه.

وإن كانت الجناية من غير الغاصب: فعليه عشر قيمة أمه. بلا نزاع. يرجع به على من شاء منهما. والقرار على الجانى.

وإن كان مات من غير جناية، فالصحيح من المذهب: أنه لا يضمنه. قدمه فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والفروع، والفائق. واختاره القاضى، وابن عقيل، وصاحب التلخيص.

وقيل: يضمنه. اختاره القاضى أبو الحسين. والمصنف. قال الحارثى :وهو أصح . فعلى القول بالضمان ،فقيل : يضمنه بعشرقيمة أمه. اختاره المصنف وقيل :بقيمته لوكان حياً. اختاره القاضى أبو الحسين .والمصنف .

قال الحارثى : وهو أصح .

فعلى القول بالضمان ، فقيل :يضمنه بعشر قيمة أمه . اختاره المصنف

وقيل : بقيمته لو كان حياً . اختار القاضى أبو الحسين .

وأطلقهما فى الفروع، وشرح الحارثى، والقواعد الأصولية.

ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين. قال الحارثى: وهذا أقيس.

فوائد

الأولى: قال الحارثى: والوجهان جاريان فى حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك.

الثانية: قوله: ﴿وَلَوْ وَلَدَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ضَمَنَهُ بِقِيمَتِهِ﴾.

جزم به فى المغنى[٣]، والشرح[٤]، وغيرهما.

وظاهر كلام الناظم: أن فيه الخلاف المتقدم.

الثالثة: لو قتلها الغاصب بوطئه: وجبت عليه الديَّة. نقله مهنا. وجزم به فى الفروع.

---

(١) قدمه فى المغنى، على قول القاضى فقال: (وإن اسقطته ميتا لم يضمن لأننا لا نعلم حياته قبل هذا) المغنى (٥/٤٠٧).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٥/٤١٦).

(٣) ذكره فى المغنى (٥/٤٠٨).

(٤) ذكره فى الشرح (٥/٤١٧).

الرابعة: هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالمًا.

فأما إن كان جاهلا بالتحريم: فالولد حر للغاصب. نص عليه.

فإن انفصل حيًا: فعلى الغاصب فداؤه يومئذ.

وإن انفصل ميتًا من غير جناية: فغير مضمون بلا خلاف.

وإن كان بجناية: فعلى الجانى الضمان. فإن كان من الغاصب فغُرةٌ موروثة عنه: لا يرث الغاصب منها شيئًا. وعلى السيد عشر قيمة الأم.

وإن كان من غير الغاصب: فعليه الغرَّة، يرثها الغاصب دون أمه. وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك لو غصبها.

الخامسة: لو غصبها حاملا. فولدت عنده: ضمن نقص ا لولادة. كما قال المصنف.

فإن مات الولد. فقال الخرقى: يضمنه بأكثر ما كانت قيمته.

وفى المستوعب، والتلخيص: هل يلزمه قيمته يوم مات. أو أكثر ما كانت؟ على روايتين.

قال الحارثى: والمذهب الاعتبار بحالة الموت.

وإن انفصل ميتًا: فعلى ما تقدم من التفصيل.

وإن ماتت الأم بالولادة: وجب ضمانها.

وكذلك لو غصبه مريضا، فمات فى يده بذلك المرض. جزم به الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَهَا، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَصْبِ. فَوَطِئَهَا: فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ: نَقْصُهَا وَمَهْرُهَا، وَأُجْرَتُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا إِنْ تَلِفَ. فَإِنْ ضَمِنَ الغَاصِبُ رَجَعَ عَلَى الآخَرِ. وَلاَ يَرْجِعُ الآخَرُ عَلَيْهِ﴾.

وهذا بلا نزاع أعلمه. جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن منجا، والحارثى، وغيرهم.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا بِالْغَصْبِ، فَضَمِنَهَا: رَجَعَا عَلَى الغَاصِبِ﴾.

---

(١) ذكره فى المغنى (فقال: - لأن الغاصب أخذها بغير حق. وقد قال النبى ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) وللمشترى أخذ مال غيره بغير حق أيضا فيدخل فى عموم الغضب ولأن مال غيره فى يده وهذا لاخلاف فيه بحمد الله تعالى) وهكذا ذكرها صاحب المغنى (٤١٠/٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (٤١٠/٥). الشرح (٤١٨/٥).

اعلم أن بيع الغاصب العين المغصوبة غير صحيح مطلقا. على المذهب. وفيه رواية: يصح، ويقف على إجازة المالك.

وحكى فيه رواية ثالثة: يصح البيع. على ما يأتى فى تصرفات الغاصب والتفريغ على المذهب وكذا الهبة غير صحيحة .

إذا علمت ذلك: فهما بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينهما ما كان الغاصب يضمنه. على الصحيح من المذهب.

قال فى أول القاعدة الثالثة والتسعين: من قبض مغصوبًا من غاصبه، ولم يعلم أنه مغصوب، فالمشهور عن الأصحاب: أنه بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة. انتهى.

وقطع به فى المحرر[1]، وغيره من الأصحاب.

وقوله: فضمنها: رجعا على الغاصب.

يعنى: إذا ضمن المشترى أو المتهب نقصها ومهرها، وأجرتها وقيمة ولدها، وأرش البكارة ـ إن كانت بكرا ـ رجعا على الغاصب بذلك. وهو المذهب فى الجملة. نص عليه فى رواية جعفر فى الفداء.

وفى رواية إسحاق بن منصور: على المهر.

ويأتى التفصيل فى ذلك عند ذكر الرواية التى ذكرها المنصف والخلاف.

قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا. فَالْوَلَدُ حُرٌّ﴾ بلا نزاع ﴿وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا﴾.

يجب فداء الولد. على الصحيح من المذهب[2]. نص عليه فى رواية ابن منصور. وجعفر بن محمد، والميمونى ويعقوب بن بختان. قاله الحارثى.

ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد: لا يلزم المشترى فداء أولاده. وليس للسيد بدلهم. لأنه انعقد حرًا.

---

(١) ذكر فى المحرر (٣٦٢/١).

(٢) قال فى الشرح: (لأنه اعتقد أنه يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لأنه فوت رقهم على السيد باعتقاده حل الوطء. ويقدر به بمثله صفاته تقريبا لأنهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته) الشرح (٤٢٠/٥). والكافى (٢٢٧/٢). والمحرر (٣٦٢/١) والمغنى (٤١٠/٥).

قال الخلال: أحسبه قولاً لأبى عبد الله أول. والذى أذهب إليه: أنه يفديهم

قال الحارثى: والمشهور الأول. ولم يعول الأصحاب على هذه الرواية.

قوله:﴿بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا﴾.

يعنى: من غير نظر إلى القيمة والمثل فى الجنس والسن.

لكن قال الحارثى: أما السن، فلا يخلو من نظر. وفداؤه بمثله فى صفاته تقريبًا: هو إحدى الروايات عن الإمام أحمد.

قال ابن منجا: هذا المذهب. واختارها القاضى وأصحابه.

قال الحارثى: وهى اختيار الخرقى، وأبى بكر فى التنبيه، والقاضيين أبى يعلى، ويعقوب بن إبراهيم فى تعليقيهما، وأبى الخطاب فى رءوس مسائله، والشريف أبى القاسم الزيدى وغيرهم.

قال القاضى أبو الحسين، والشريف أبو جعفر، وأبو الحسن بن بكروس: وهى أصح. انتهى.

قال الزركشى: هو مختار الخرقى، والقاضى، وعامة أصحابه. وجزم به فى الكافى[(١)]. ويحتمل أن يعتبر مثله فى القيمة. وهو لأبى الخطاب. وهو وجه فى المستوعب والتلخيص، ورواية فى المحرر[(٢)].

قال الحارثى: ونسب إلى اختيار أبى بكر.

قلت: قاله المصنف، والشارح عنه. وقدمه فى الفائق.

وتضمينه المثل من المفردات.

وعنه يضمنه بقيمته. وهو المذهب، على ما اصطلحناه. اختاره المصنف، والشارح، وصاحب التلخيص، وابن منجا فى شرحه، وابن الزاغونى.

قال القاضى فى المجرد: وهو أشبه بقوله. لأنه نص على أن الحيوان لامثل له. وهو مذهب الأئمة الثلاثة. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وعنه: يضمنه بأيهما شاء. اختاره أبو بكر فى المقنع.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال: (وعليه فداؤه بمثله يوم وضعه)، الكافى (٢/٢٢٧).

(٢) قال فى المحرر: (وعنه بمثله فى القيمة). المحرر (١/٣٦٢).

قال فى القواعد الأصولية: وعنه يفدى كل وصيف بوصيفين. أورده السامرى وغيره عن ابن أبى موسى فى مغرور النكاح.

تنبيه: حيث قلنا: يفديه إما بالمثل أو القيمة. فيكون ذلك يوم وضعه. على الصحيح من المذهب[١]. وعليه جماهير الأصحاب. منهم القاضى، والشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، والمصنف، والمجد، والشارح، وغيرهم من الأصحاب. وقدمه فى الفروع، والفائق، والزركشى، وغيرهم.

وعنه: يكون الفداء يوم الخصومة. وهو ظاهر إطلاق الإمام أحمد فى رواية ابن منصور. وجعفر. وهو وجه فى الفائق.

قال: الحارثى: وعن أبى موسى: حكاية وجه: الاعتبار بيوم الحكومة.

قوله: ﴿وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الغَاصِبِ﴾.

يعنى: بما فدى به الأولاد. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وذكر ابن عقيل رواية: لا يرجع بفداء الولد.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَتْ: فَعَلَيْهِ قِيمَتُهاَ. وَلاَ يَرْجِعُ بِهاَ إِنْ كَانَ مُشْتَرِيًا وَيَرْجِعُ بِهاَ المتّهِبُ﴾.

إذا تلفت عند المشترى. فعليه قيمتها للمغصوب منه. ولا يرجع على الغاصب بالقيمة. على الصحيح من المذهب[٢]. وعليه جماهير الأصحاب. منهم القاضى، والشريف: وأكثرهم قطع به.

وفى المغنى[٣] ـ فى باب الرهن ـ رواية باستقرار الضمان على الغاصب. فلا يرجع على المشترى.

وحكاه فى الكافى[٤] فى باب المضاربة وجهًا.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال: (وعليه فداؤه بمثله يوم وضعه)، الكافى (٢/٢٢٧)، وقال فى المغنى (ويفديهم بيدلهم يوم الوضع)، المغنى (٥/٤١٠)، والشرح (٥/٤٢٠).

(٢) قال فى الشرح: – (لأن المشترى دخل مع الغاصب على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فإذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكن يرجع بالثمن لأن البيع باطل فلم يدخل الثمن فى ذلك الغاصب)، الشرح (٥/٤٢١). الكافى (٢/٢٢٧)، المغنى (٥/٤١٢)، المحرر (١/٣٦٢).

(٣) ذكر فى المغنى الإطلاق حيث قال: (ويستقر الضمان على المشترى لأن االتلف فى يده هذا إذا علم بالغصب وإن لم يكن عالما فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب؟ على روايتين)، المغنى (٤/٣٩٦).

(٤) ذكر الوجهين فى الكافى وحكى هذا الوجه فى باب المضاربة وبنى عليه حكما آخر)، الكافى (٢/١٥٦).

وصرح القاضي بمثل ذلك في خلافه. قاله ابن رجب.

وقال: هو عندي قياس المذهب. وقواه. واستدل له بمسائل ونظائر.

فعلى هذا: يرجع على الغاصب بذلك كله. ويرجع بالثمن بلا نزاع. وعلى المذهب: يأخذ من الغاصب ثمنها. ويأخذ أيضًا نفقته وعمله من البائع الغار. قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله.

وقال في الفتاوى المصرية: لو باع عقارًا ثم خرج مستحقا. فإن كان المشترى عالمًا: ضمن المنفعة. سواء انتفع بها أو لم ينتفع. فإن لم يعلم: فقرار الضمان على البائع الظالم. وإن انتزع المبيع من يد المشترى، فأخذت منه الأجرة - وهو معروف - رجع بذلك على البائع الغار. انتهى.

وفي الترغيب، والتلخيص: احتمال بأن المشترى يرجع بما زاد على الثمن. وبه جزم ابن المنى في خلافه وفي الترغيب أيضا: لا يطالب بالزيادة الحاصلة قبل قبضه.

قال في القواعد الأصولية، قلت: وإطلاق الأصحاب يقتضي لارجوع بما زاد على الثمن. وفيه نظر. انتهى.

قال المصنف في فتاويه: وإن أنفق على أيتام غاصب وصِيَّةٌ مع علمه بأنه غاصب: لم يرجع، وإلا رجع. لأن الموصى غره. انتهى.

وأما إذا تلفت عند المتهب: فعليه قيمتها لربها. ويرجع بما غرمه على الغاصب. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به في المغني[1]، والشرح[2] والمحرر[3]، والفائق، وغيرهم.

قال في الفروع: ويرجع متهب في الأصح.

وقيل: لا يرجع. كالمشترى.

قال الحارثي: وفي الكافي[4] رواية بعدم الرجوع فيما إذا تلف. لأنه غرم ما أتلفه. انتهى.

---

(١) قطع به في المغني ثم قال في المغني ثم قال: [لأن المتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها]. انظر المغني (٤١٥/٥).

(٢) قال ابن أبي عمر في الشرح: [لأنه غيره]. أنظر الشرح [٤٢٣/٥].

(٣) جزم به المجد فقال: [فإذا غرم وهو مودع أو متهب قيمة العين والمنفعة رجع لهما] انظر المحرر (٣٦٢/٢).

(٤) ذكر هذه الرواية صاحب الكافي فقال: [وعنه فيما إذا اكله أو أتلفه: أنه لا يرجع به لأنه غرم ما أتلفه فعلى هذا إن غرم الغاصب رجع على الآكل لأنه أتلف فاستقر الضمان عليه]. أنظر الكافي [٢٨٢/٢]

قوله: ﴿وَعَنْهُ أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنْفَعَةٌ ـ كَالأُجْرَةِ وَالْمَهْرِ وَأَرْشِ الْبَكَارَةِ ـ لا يَرْجِعُ بِهِ﴾.

هذه الرواية عائدة إلى قوله: «فإن لم يعلما بالغصب فضمنهما: رجعا على الغاصب». لكن هذه الرواية: رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله.

قال الحارثي: واعلم أن الرواية بعدم الرجوع: رجع عنها الإمام أحمد.

قال القاضي في كتاب الروايتين: رجع عن قوله. بحديث علي.

وإذا كان كذلك فلا يكون عدم الرجوع مذهبًا له في شيء من هذه الأمور أصلاً وفرعاً. انتهى كلام الحارثي.

قلت: إذا رجع الإمام أحمد رحمه الله عن قول. فهل يترك، ولا يذكر، لرجوعه عنه؟ أو يذكر ويثبت في التصانيف؟ تقدم حكم ذلك في الخطبة، وباب التيمم.

واعلم أن المالك إذا رجع على المشترى، وأراد المشترى الرجوع على الغاصب: فلايخلو من أقسام.

أحدهما: مالا يرجع به. وهو قيمتها إذا تلفت كلها، أو جزؤها في يده. على ما تقدم من الخلاف.

والثاني: فيه خلاف. والترجيح مختلف، وهو: أرش البكارة، والمهر، وأجرة نفعها.

فأما أرش البكارة: فقدم المصنف هنا: أنه يرجع به.

قال في الفائق: اختاره الخرقي.

قال الحارثي: هذا المذهب. انتهى.

قال الزركشي: الرجوع اختيار الخرقي، والقاضي، وعامة أصحابه.

والصحيح من المذهب. أنه لا يرجع به. جزم به في المحرر(١)، والمنور. وقدمه في المغنى(٢)، والكافي(٣)، والشرح(٤)، والفروع. واختاره القاضي، وابن عقيل، وأبو بكر. قاله في الفائق. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والتلخيص، و الفائق،

---

(١) قدمه في المحرر فقال: (فأما قيمة الأمة أو أرشى البكارة فلا يرجع به)، المحرر (٣٦٢/١).

(٢) ذكره في المغنى وفصل في ذلك المغنى (٤١٢/٥).

(٣) قدمه في الكافي فقال: وجهان: إحداهما: لا يرجع به لان المشترى دخل معه في العقد على ان يتلفه بغير عوض فقد غره فاستقر الضمان على الغاصب كعوض الولد)، الكافي (٢٢٦/٢).

(٤) قدمه أيضا في الشرح كما في الكافي على إحدى الروايتين، الشرح (٤٢١/٥).

والرعايتين، والحاوى الصغير.

وأما المهر وأجرة النفع، فالصحيح من المذهب: أنه يرجع بهما على الغاصب. جزم به فى الوجيز، والمنور. وقدمه المصنف هنا، وصاحب المحرر[١]، والفروع.

قال الحارثى: هذا المذهب. ورجوعه بالمهر على الغاصب من المفردات.

وعنه: لا يرجع. اختاره أبو بكر، وابن أبى موسى. قاله فى القواعد.

قال فى الفروع - فى حصول نفع - اختاره الخرقي، وأبو بكر، وابن عقيل.

قلت: المصرح به فى الخرقى: رجوع المشترى بالمهر.

قال الزركشى: يرجع بالمهر عند الخرقى، والقاضى، وعامة أصحابه. وأطلقهما فى المهر فى الهداية، والمذهب، والحاوى الصغير، والرعاية، وغيرهم. وأطلقهما فى المهر والأجرة فى المستوعب، والخلاصة، والشرح[٢]، والفائق وغيرهم.

الثالث: ما يرجع به - على الصحيح من المذهب - وهو قيمة الولد، كما تقدم.

والرابع: ما يرجع به قولاً واحدًا. وهو نقص ولادة، ومنفعة فائتة. جزم به فى الفروع. وجزم به القاضى، وابن عقيل، والمصنف فى الكافى[٣]، والمغنى[٤] فى نقص الولادة.

قال الحارثى: وأدخله الباقون فيما يرجع به، كما فى المتن.

فائدة: حكم المتهب حكم المشترى. وقد حكى المصنف هنا، وصاحب المحرر[٥]، وجماعة فيه الروايتين. وحكى الخلاف فى المغنى وجهين.

قال الحارثى: وهو الصواب. فإنه مقيس على نصه.

فائدة أخرى: حكم الثمرة والولد الحادث فى المبيع: حكم المنافع، إذا ضمنها: رجع ببدلها على الغاصب. وكذلك الكسب. صرح به القاضى فى خلافه، إلا أن يكون انتفع بشيء من ذلك. فيخرج على الروايتين.

---

(١) ذكره فى المحرر (١/٣٦٢).

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح فقال: (أحدهما: يرجع به وهو قول الخرقى لأنه دخل العقد على أن يتلفه بغير عوض فإذا أتلفه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة. الثانى - لا يرجع به وهو اختيار أبى بكر لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل أجزائها)، الشرح (٥/٤٢٢).

(٣) ذكره فى الكافى (٢/٢٢٧).

(٤) قاله فى المغنى (٥/٤١٢).

(٥) قال فى المحرر: لأنه عطف حكم الهبة على حكم الشراء فقال: (كالمهر والأجرة فى البيع والهبة)، المحرر (١/٣٦٢).

قوله: ﴿وَإِنْ ضَمِنَ الغَاصِبُ: رَجَعَ عَلَى المشْتَرِى بِماَ لاَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ﴾.

اعلم أن للمالك تضمين من شاء منهما ـ أعنى الغاصب ومن انتقلت إليه منه ـ فإن ضمن غير الغاصب: فقد تقدم حكم رجوعه على الغاصب وعدمه. وإن رجع على الغاصب ـ وهو ما قاله المصنف هنا ـ فهو أربعة أضرب.

أحدها: قيمة العين. فهذا إذا رجع به المالك على الغاصب، يرجع الغاصب به على المشترى.

الثانى: قيمة الولد. فإذا رجع بها على الغاصب: لم يرجع الغاصب على المشترى، على الصحيح من المذهب(١). وعليه الأصحاب.

وتقدم رواية ذكرها ابن عقيل: أن المالك إذا ضمن المشترى لا يرجع به على الغاصب. فتأتى الرواية هنا: أن الغاصب إذا ضمنه المالك يرجع به على المشترى.

الثالث: المهر وأرش البكارة والأجرة ونحوه. فعلى القول برجوع المشترى، والمتهب على الغاصب إذا ضمنها المالك هناك: لا يرجع الغاصب عليهما هنا إذا ضمنه المالك.

وعلى القول أنهما لا يرجعان: يرجع الغاصب عليهما هنا.

الرابع: نقص الولادة والمنفعة الفائتة. فإن رجع المالك على الغاصب: لم يرجع به الغاصب على المشترى. قولا واحدًا. على قول صاحب الفروع وغيره.

وهذا كله قد شمله قول المصنف: «وإن ضمن الغاصب: رجع على المشترى بما لا يرجع به عليه».

فحيث ضمن المشترى ـ وقلنا: يرجع على الغاصب إذا ضمن الغاصب ـ لايرجع على المشترى. وعكسه بعكسه.

قوله: ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ. فَمَاتَ الوَلَدُ: ضَمِنَهُ بِقِيمتَهِ. وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

مثال ذلك: أن يكون المشترى جاهلا بغصبها، فيزوجها لغير عالم بالغصب. فتلد منه فهو مملوك. فيضمنه من هو فى يده بقيمته إذا تلف.

وهل يرجع به على الغاصب؟ على روايتين. بناء على الروايتين فى ضمان النفع إذا

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (لأن الضمان استقر على الغصب)، الشرح (٤٢٢/٥)، والمحرر (٣٦٢/١)، والكافى (٤٢٢/٥).

تلف عند المشترى. على ما تقدم. قاله المصنف، والشارح. وأطلقهما فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: يرجع. صححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز. وهو المذهب. لأن الصحيح من المذهب. أنه يرجع عليه بأجرة النفع، على ما تقدم قريبًا. فكذا هذا.

والثانية: لا يرجع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلِفَتْ عِنْدَ المسْتَعِيرِ: اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيْمَتِهَا عَلَيْهِ وَضَمَانُ الأُجْرَةِ عَلَى الغَاصِبِ﴾.

إذا استعارها من الغاصب عالمًا بغصبها. فله تضمين الغاصب، والمستعير.

فإن ضمن الغاصب: رجع على المستعير. وإن ضمن المستعير: لم يرجع على الغاصب مطلقًا.

وإن كان غير عالم بالغصب، فضمن المستعير: لم يرجع على الغاصب بقيمة العين. ويرجع عليه بضمان المنفعة. على الصحيح من المذهب. وهو قول المصنف[٣] «وضمان الأجرة على الغاصب».

وعنه: لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء. ويستقر الضمان عليه فى مقابلة الانتفاع.

قال فى القواعد: وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء. ففيه طريقان.

أحدهما: البناء على الروايتين. فإن قلنا: لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء: رجع على الغاصب هنا عليه، وإلا فلا. وهى طريقة أبى الخطاب، ومن اتبعه، والقاضى، وابن عقيل فى موضع.

والطريق الثانى: لا يرجع الغاصب على القابض، قولاً واحدًا. قاله القاضى، وابن عقيل فى موضع آخر.

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى كما فى الشرح، انظر المغنى (٤١٢/٦).

(٢) ذكر الروايتين فى الشرح فقال: (إذا اشترى الجارية المغصوبة من لا يعلم بذلك خروجها لغير عالم بالغصب فولدت من الزوج فهو مملوك لأنه من زوائدها ونمائها فيكون مضمونا على من هو فى يده بقيمتة إذا تلف لأنه مال وليس بمثلى) ثم قال وهل يرجع بها على الغاصب على روايتين على ما سبق وتوجيها كالآتى الأول – يرجع به لأنه دخل العقد على أن يتلفه من غير عوض فإذا غرمه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة. والثانى: لا يرجع به لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل أجزائها)، الشرح (٤٢٢/٥).

(٣) ذكره فى المغنى (٤١٤/٥) وذكره صاحب الشرح أيضا (٤٢٣/٥).

فائدة: ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ فيما إذا انتقلت العين من يد الغاصب إلى يد غيره ثلاث مسائل: مسألة الشراء، ومسألة الهبة، ومسألة العارية. وتقدم الكلام عليها.

وقد ذكر العلامة ابن رجب فى قواعدة: أن الأيدى القابضة من الغاصب، مع عدم العلم بالحال عشرة.

منها: الثلاثة المذكورة، التى ذكرها المصنف. ولكن نعيد ذكر يد المتهب لأجل نظائرها فى اليد التاسعة.

فاليد الثالثة: الغاصبة من الغاصب، وحقها: أن تكون أولى. لأنها كالأصل للأيدى. وهو أن اليد الغاصبة من الغاصب يتعلق بها الضمان، كأصلها. ويستقر عليها مع التلف تحتها. ولا يطالب بما زاد على مدتها.

اليد الرابعة: يد آخذة لمصلحة الدافع ـ كالاستيداع، والوكالة بغير جعل. فالصحيح من المذهب(١): أن للمالك تضمينها. ثم يرجع بما ضمن على الغاصب، لتغريره.

وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها، ولتلف المال تحتها من غير إذن. صرح به القاضى فى المجرد، فى باب المضاربة.

قال ابن رجب: ويتخرج فيه وجه آخر: لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك فى المرتهن، ونحوه. وأولى.

وخرجه الشيخ تقى الدين رحمه الله من مودَع المودَع، حيث لا يجوز له الإيداع. فإن الضمان على الأولى وحده.

كذلك قال القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول. وذكر: أنه ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله، ومن الأصحاب من منع ظهوره.

اليد الخامسة: يد قابضة لمصلحتها، ومصلحة الغاصب ـ كالشريك، والمضارب، والوكيل بجعل، والمرتهن ـ فالمشهور: جواز تضمينها أيضًا. وترجع بما ضمنت. لدخولها على الأمانة.

وذكر القاضى فى المجرد، وابن عقيل، والمصنف فى الرهن: احتمالين آخرين.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (وإن أودع المغصوب أو وكل رجلاً فى بيعه ودفعه إليه فتلف فى يده فللمالك تضمين أيهما شاء أما الغاصب فلأنه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العارية عليه والمستودع والوكيل لإثباتها أيديهما على ملك مغصوب بغير حق) المغنى (٥/٤١٤). والمحرر (١/٣٦٢) والكافى (٢/٢٢٨).

أحدهما: استقرار الضمان على القابض. وحكوا هذا الوجه فى المضارب أيضًا.

والثانى: لا يجوز تضمينها بحال. لدخولها على الأمانة.

قال ابن رجب: وينبغى أن يكون هو المذهب. وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه فى جميع هذه الأقسام.

وحكى القاضى، وغيره فى المضاربة وجهًا آخر: أن الضمان فى هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما. فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

اليد السادسة: يد قابضة عوضًا مستحقا بغير عقد البيع ـ كالصداق، وعوض الخلع، والعتق، والصلح عن دم العمد إذا كان معينًا له، أو كان القبض وفاء لدين مستقر فى الذمة من ثمن مبيع، أو غيره، أو صداقًا، وقيمة ما تلف ونحوه ـ فإذا تلفت هذه الأعيان فى يد من قبضها، ثم استحقت: فللمستحق الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة، على ما تقرر.

قال: ويتخرج وجه: أن لا مطالبة له عليه. وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى فى الصداق. والباقى مثله على القول بالتضمين. فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع، لتغريره. إلا بما انتفع به. فإنه مخرج على الروايتين.

وأما قيم الأعيان، فمقتضى ما ذكره القاضى ومن اتبعه: أنه لا يرجع بها.

ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت فى الذمة: فهو باق بحاله. وإن كان عوضًا معينًا فى العقد: لم ينفسخ العقد هنا باستحقاقه. ولو قلنا: إن النكاح على المغصوب لا يصح. لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم. ذكره ابن أبى موسى. ويرجع على الزوج بقيمة المستحق فى المنصوص. وهو قول القاضى فى خلافه.

وقال فى المجرد: ويجب مهر المثل.

وأما عوض الخلع، والعتق، والصلح عن دم العمد: ففيه وجهان.

أحدهما: يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق. وهو المنصوص. وهو قول القاضى فى أكثر كتبه. وجزم به صاحب المحرر(١).

والثانى: يجب قيمة المستحق فى الخلع، والصلح عن دم العمد. بخلاف العتق. فإن الواجب فيه قيمة العبد. وهو قول القاضى فى البيوع من خلافه. ويشبه قول الأصحاب، فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا ـ لا ينعقد به النكاح ـ فأبت أن تتزوجه على ذلك: أن عليها قيمة نفسها لاقيمة مهر مثلها.

---

(١) ذكره فى المحرر (١/٣٦٢).

وعلى الوجه المخرج فى البيع: أن المغرور يرجع بقيمة العين. فهنا كذلك.

اليد السابعة: يد قابضة بمعاوضة. وهى يد المستأجر(١).

فقال القاضى، والأكثرون: إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها.

ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسماة: ففيه مامر من زيادة قيمة العين على الثمن. وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغريره.

وفى تعليقة المجد يتخرج لأصحابنا وجهان.

أحدهما: أن المستأجر لا ضمان عليه بحال. لقول الجمهور: يضمن العين وهل القرار عليه؟ لنا وجهان.

أحدهما: عليه.

والثانى: على الغاصب. وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه. انتهى.

اليد الثامنة: يد قابضة للشركة. وهى المتصرفة فى المال بما ينميه بجزء من النماء ـ كالشريك، والمضارب، والمزارع، والمساقى ـ ولهم الأجرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم.

فأما المضارب، والمزارع بالعين المغصوبة، وشريك العنان: فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال. فإذا ضمنوا ـ على المشهور ـ رجعوا بما ضمنوا، إلا حصتهم من الربح، فلا يرجعون بضمانها. ذكره القاضى، وابن عقيل فى المساقى. والمزارع نظيره.

أما المضارب، والشريك: فلا ينبغى أن يستقر عليهم ضمان شئ بدون القسمة مطلقًا.

وحكى الأصحاب فى المضارب للمضارب بغير إذن وجهًا آخر: أنه يرجع بما ضمنه. بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده.

ويتخرج وجه آخر: أنه لا يملك المالك تضمينهم بحال. وإنما أعاد حكم الشريك والمضارب لذكر النماء.

وأما المساقى إذا ظهر الشجر مستحقًا بعد تكملة العمل: فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب. وإذا تلف الثمن فله حالتان.

إحداهما: أن يتلف بعد القسمة. فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه. وله أن يضمن الكل للغاصب. فإذا ضمنه الكل: رجع على العامل بما قبضه لنفسه.

---

(١) ذكره فى المغنى (٥/٤١٣).

وفى المغنى[1] احتمال: لا يرجع عليه. وهل للمالك تضمين العامل جميع الثمرة؟ ذكر القاضى فيه احتمالين.

أحدهما: نعم. ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه على الثمرة. على المشهور، وبالكل على الاحتمال المذكور. والثانى: لا.

الحالة الثانية: أن يتلف الثمر قبل القسمة: إما على الشجر، وإما بعد جذه. ففى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع: احتمالان. وكذا لو تلفت بعض الشجر.

قال ابن رجب: وهو ملتفت إلى أن يد العامل: هل تثبت على الشجر والثمر أم لا؟ والأظهر: أن لا. لأن الضمان عندنا لا ينتقل فى الثمر المعلق على شجره بالتخلية.

ولو اشترى شجرة بثمرها. فهل تدخل الثمرة فى ضمانه تبعًا للشجرة؟ قال ابن عقيل فى فنونه: لاتدخل.

قال ابن رجب: والمذهب دخولها تبعًا.

اليد التاسعة: يد قابضة تملكاً لا بعوض: إما للعين بمنافعها ـ كالهبة، والوقف والصدقة والوصية ـ أو للمنفعة ـ كالموصى له بالمنافع ـ والمشهور: أنها ترجع بما ضمنته بكل حال، إلا ما يحصل لها به نفع. ففى رجوعها بضمانه الروايتان

ويتخرج وجه آخر: أنها لا تضمَّن ابتداء: ما لم يستقر ضمانها عليه.

وذكر القاضى، وابن عقيل رواية: أنها لا ترجع بما ضمنته بحال.

ثم اختلف الأصحاب فى محل الروايتين فى الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاث:

إحداهن: أن محلها إذا لم يقل الغاصب: هذا ملكى، أو ما يدل عليه. فإن قال ذلك: فالقرار عليه بغير خلاف. وهى طريقة المصنف فى المغنى.

والطريقة الثانية: إن ضمن المالك القابض ابتداء، ففى رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقًا. وإن ضمن الغاصب ابتداء، فإن كان القابض قد أقر له بالملكية: لم يرجع على القابض. رواية واحدة. وهى طريقة القاضى.

والطريقة الثالثة: الخلاف فى الكل من غير تفصيل. وهى طريقة أبى الخطاب وغيره.

اليد العاشرة: يد متلفة للمال نيابة عن الغاصب ـ كالذابح للحيوان، والطانج له ـ فلا قرار عليها بحال. وإنما القرار على الغاصب قاله القاضى، وابن عقيل، والأصحاب.

---

(١) ذكر صاحب المغنى هذا الاحتمال فى باب المساقاة، انظر المغنى (٥/٥٨١).

قال ابن رجب: ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها مما أتلفه، كالمودع إذا تلفت تحت يده وأولى. لمباشرتها للإتلاف.

قال: ويتخرج وجه آخر: لا ضمان عليها بحال من نص الإمام أحمد فيمن حفر لرجل بئرًا في غير ملكه، فوقع فيها إنسان. فقال الحافر: ظننت أنها فى ملكه. فلاشيء عليه. وبذلك جزم القاضى، وابن عقيل فى كتاب الجنايات.

وأما إذا أتلفته على وجه محرم شرعًا، عالمة بتحريمه، كالقاتلة للعبد المغصوب والمحرقة للمال بإذن الغاصب فيهما. ففى التلخيص: يستقر عليها الضمان. لأنها عالمة بالتحريم. فهى كالعاملة بأنه مال الغير.

ورجح الحارثى دخولها فى قسم المغرور. انتهى كلام ابن رجب فى القواعد ملخصًا. ولقد أجاد. فرحمه الله.

قوله: ﴿وَإِنِ اشْتَرَى أَرْضًا فَغَرَسَهَا، أَوْ بَنَى فِيهَا. فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً فَقَلَعَ غَرْسَهُ وَبِنَاءَهُ: رَجَعَ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ﴾.

ذكره القاضى فى القسمة. وهذا بلا نزاع على القول بجواز القلع.

وأفادنا كلام المصنف: أن للمالك قلع الغرس والبناء.

هذا المذهب مطلقًا. أعنى من غير ضمان النقص، ولا الأخذ بالقيمة. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الشرح(١)، وشرح ابن منجا، والوجيز. وقدمه فى المحرر(٢)، والفروع، وشرح الحارثى. وقال: وهو الأصح.

قال فى القواعد: هذا الذى ذكره ابن أبى موسى، والقاضى فى المجرد. وتبعه عليه المتأخرون.

وعنه: لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه. ثم يرجع به على البائع. قاله فى المحرر، وغيره.

وقال الحارثى: وعن الإمام أحمد رحمه الله: لا يقع. بل يأخذه بقيمته. وذكر النص من رواية حرب.

وقدمه فى القاعدة السابعة والسبعين فى غرس المشترى من الغاصب. وقال: نقله عنه حرب، ويعقوب بن بختان. وذكر النص، وقال: وكذلك نقل عنه محمد بن حرب

---

(١) ذكره فى الشرح على قول القاضى فقال: (لأنه ببيعه إياها غرة وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك فى بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها) الشرح (٤٢٣/٥).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وتمامه ، المحرر (٣٦٢/١).

الجرجانى. وقال: هذا الصحيح. ولا يثبت عن الإمام أحمد سواه. ونصره بأدلة.

وتقدم التنبيه على بعض ذلك فى أول الباب، عند غرس الغاصب وبنائه. ولكن كلامه هنا أعم.

فائدتان

إحداهما: لو بنى فيما يظنه ملكه: جاز نقضه لتفريطه. ويرجع على من غره. ذكره فى الإنتصار فى الشفيع. واقتصر عليه فى الفروع.

الثانية: لو أخذ منه ما اشتراه بحجة مطلقة: ردّ بائعه ما قبضه منه. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

وقيل: إن سبق الملك الشراء وإلا فلا. ذكره فى الرعاية فى الدعوى.

قوله: ﴿وَإِنْ أَطْعَمَ المغْصُوبَ لِعَالِمٍ بِالغَصْبِ: اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ﴾. يعنى: على الآكل. وهذا بلا نزاع.

﴿وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَقَالَ لَهُ الغَاصِبُ: كُلْهُ، فَإِنَّهُ طَعَامِي: اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عَلَى الغَاصِبِ﴾.

على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والنظم، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والخلاصة.

وقيل: الضمان على الآكل.

وأطلقهما فى الرعايتين، والفائق، والحاوى الصغير.

ويأتى كلام القاضى، وأبى الخطاب، وغيرهما.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَقُلْ﴾. يعنى وإن لم يقل: هو طعامى، بل قال له: كل: **﴿فَفِي أَيِّهِمَا يَسْتَقِرّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ؟ وَجْهَانِ﴾.**

أكثر الأصحاب يحكون الخلاف وجهين. وحكاهما فى المغنى(٣) روايتين. وأطلقهما فى الشرح(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والحارثى.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٥/٤٣٦).

(٢) ذكره فى الشرح وجزم فقال: (لاعترافه بأن الضمان باق عليه وإن لم يلزم الآكل شيء ولأنه عند الآكل)، الشرح (٥/٤٢٤).

(٣) الوجهين ذكرهما فى المغنى كما فى الشرح فى النقطة القادمة، المغنى (٥/٤٣٦).

(٤) ذكر الإطلاق فى الشرح أيضا فقال: وجهان. أحدهما: (يستقر الضمان على الآكل لأنه ضمن فلم يرجع به على أحد. والثانى: – يستقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجع عليه) الشرح (٥/٤٢٤).

أحدهما: يستقر الضمان على الغاصب. وهو المذهب. صححه فى النظم، والتصحيح. وجزم به فى الوجيز. قدمه فى الخلاصة، والفروع. وهو ظاهر كلام الخرقى.

والوجه الثانى: يستقر على الآكل.

وقال القاضى، وأبو الخطاب فى الهداية، والسامرى فى المستوعب، وابن الجوزى فى المذهب: إن ضمن الغاصب استقر الضمان عليه وجهًا واحدًا.

وإن ضمن الآكل ففى رجوعه على الغاصب وجهان، مبنيان على روايتى المغصوب، لكن القاضى قال: ذلك فيما إذا قال: هو طعامى فكله. وغيره ذكره فى المسألتين.

قوله: ﴿وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ: لَمْ يَبْرَأْ. نَصَّ عَلَيْهِ فِى رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهَا صِلةٌ أَوْ هَدِيَّةٌ، وَلَم يَعْلَمْ كَيْفَ هَذَا. قَالَ المصنف: يَعْنِى أَنَّهُ لاَ يَبْرَأُ﴾.

اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله. عالمًا أنه طعامه: برئ غاصبه. وكذا لو أكله بلا إذنه.

فإن لم يعلم، وقال له الغاصب: كله، فإنه طعامى: لم يبرأ الغاصب أيضًا.

وإن لم يقل ذلك، بل قدمه إليه، وقال: كله. فجزم المصنف هنا: أنه لا يبرأ. وهو ظاهر النص المذكور.

قال الحارثى: نص عليه من وجوه ـ وذكرها ـ وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، والفائق، وناظم المفردات، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة. وقدمه فى الكافى(١)، والمغنى(٢)، والتلخيص، والشرح(٣)، النظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والحارثى. وهو من مفردات المذهب.

قال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ ويتخرج أن يبرأ، بناء على ما إذا أطعمه لأجنبى. فإنه يستقر الضمان على الآكل فى أحد الوجهين كما تقدم. وذكره ابن أبى موسى تخريجاً.

---

(١) قدمه فى الكافى انظر الكافى (٢/٢٢٧).

(٢) قال فى المغنى: فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ لأنه قال فى رواية الأثرم فى رجل له قبل رجل تبعه فأوصلها على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال: كيف هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندى فلا يبرأ) المغنى (٥/٤٣٧).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٤٢٥).

فائدتان

إحداهما: لو أطعمه لدابة المغصوب منه، أو لعبده: لم يبرأ. على الصحيح من المذهب. وجزم به في[1] التلخيص.

قال في الفائق: ولو أطعمه لدابته مع علمه:برئ من الغصب، وإلا فلا. نص عليه. وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

قال في الفروع: لغير عالم بغصبه.

قال جماعة: أو لدابته، استقر ضمانه عليه.

وقال في الرعاية الكبرى: إن جهل مالكه. ففيه ثلاثة أوجه.

الثالث: لايبرأ، إن قال: هو لى، وإلا برئ. انتهى.

الثانية: قال المصنف، والشارح: لو وهب المغصوب لمالكه، أو أهداه إليه: برئ. على الصحيح من المذهب. لأنه سلمه إليه تسليمًا تامًا. وكذا إن باعه أيضًا، وسلمه إليه، أو أقرضه إياه. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال في الفروع: وجزم به جماعة. وصححه في الكافى[2]، وغيره.

وقال في القاعدة السادسة والستين: والمشهور فى الهبة: أنه لايبرأ. نص عليه الإمام أحمد. معللا بأنه تحمل منته. وربما كافأة على ذلك.

واختار القاضى فى خلافه، وصاحب المغنى[3]: أنه يبرأ. لأن المالك تسلمه تسلمًا تامًا. وعادت سلطته إليه. انتهى.

وقدم في الفروع: أن أخذه بهبة، أو شراء، أو صدقة: أنه كإطعامه لربه. على ما تقدم. وقال في الرعاية الكبرى: إن أهداه إليه، أو جعله صدقة: لم يبرأ على الأصح.

قال الحارثى: والمنصوص: عدم البراءة. اختاره ابن أبى موسى، والقاضيان أبو يعلى، ويعقوب بن إبراهيم. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ، أَوْ أَجَّرَهُ، أَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ: لَمْ يَبْرَأْ، إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ﴾.

---

(١) زياده ليست فى المطبوع.

(٢) جزم به فى الكافى (٢/٢٢٨).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: (وقال بعض أصحابنا: يبرأ لأنه عاد إلى يده وسلطانه) ولكن صاحب المغنى لم يرجحه ورجح ما قبله فقال والأولى أولى وهو: أنه لا يبرأ) االمغنى (٥/٤٣٨).

وهو المذهب. جزم به فى الوجيز، والفائق. وقدمه فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والفروع.

قال الحارثى: فالنص قاض بعدم البراءة. انتهى.

وقدمه فى الكافى[٣]، فىغير الرهن. وقيل: يبرأ.

قال فى الفروع، وقال جماعة: يبرأ فى وديعة، ونحوها.

قال الشارح، وقال بعض أصحابنا: يبرأ.

قلت: ورأيته فى نسخة قرئت على المصنف.

وقال أبو الخطاب: يبرأ.

فائدة: لو أباحه مالكه للغاصب، فأكله قبل علمه: ضمن. ذكره فى الإنتصار فيما إذا حلف: لا خرجت إلا بإذنى.

قال فى الفروع: ويتوجه الوجه. يعنى: بعدم الضمان.

قال: والظاهر أن مرادهم غير الطعام كهو فى ذلك. ولا فرق.

قال فى الفنون، فى مسألة الطعام: يبقى الضمان. بدليل ما لو قدم له شوكه الذى غصبه منه فسجره وهو لا يعلم. انتهى.

وما ذكره فى الإنتصار ذكره القاضى يعقوب فى تعليقه فى المكان المذكور، ولم يخصه بالطعام، بل قال: كل تصّرف تصرَّف به الأجنبى فى مال غيره، وقد أذن فيه مالكه ولم يعلم: فعليه الضمان. انتهى.

ولم يرتضه بعض المتأخرين.

قلت: قال فى القاعدة الرابعة والستين: وما ذكره فى الإنتصار بعيد جدًا والصواب: الجزم بعدم الضمان. لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون، كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته. فإنه لامهر عليه، ولا غيره. وكما لو أكل فى الصوم يظن أن الشمس لم تغرب، فتبين أنها كانت غربت. فإنه لا يلزمه القضاء. انتهى. وهو الصواب.

---

(١) قاله فى المغنى مقدما: (إلا أن يكون عالماً بالحال لأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانه) المغنى (٤٣٨/٥).

(٢) ذكر فى الشرح كما فى المغنى (٤٣٨/٥)، الشرح (٤٢٥/٥).

(٣) ذكره فى الكافى (لم يبرأ .لأنه لم يعد إلى سلطانه وإنما قبضه على أنه أمانة) - الكافى (٢٢٨/٢).

قوله: ﴿وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ: بَرِئَ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن منجا، والفروع، والوجيز، غيرهم.

وقيل: إذا لم يعلم لم يبرأ. جزم به فى التلخيص.

قال الحارثى: ومقتضى النص: الضمان. وبه قال ابن عقيل، وصاحب التلخيص. انتهى.

وقدمه فى الكافى[٣]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق. وقال: اختاره الشيخ. يعنى به المصنف.

والظاهر: انه أراد ما قدمه فى الكافى[٤]، ولم يعارضه المغنى، والمقنع. فإن المصنف جزم بالبراءة فيهما.

وأما صاحب الفروع: فإنه تابع المصنف فى المغنى، ولو أعاد النظر. فحكى الخلاف، كما حكاه غيره.

فائدة: لو باعه إياه، أو أقرضه، فقبضه جاهلاً: لم يبرأ، على المنصوص.

قاله الحارثى. واختار المصنف: أنه يبرأ.

قوله: ﴿وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ. فَادَّعَى رَجُلٌ: أَنَّ الْبَائِعَ غَصَبَهُ مِنْهُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا: لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الآخَرِ﴾. بِلاَ نزاع: ﴿وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ﴾.

ويستقر الضمان على المشترى. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب. منهم القاضى، وغيره. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى[٥]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والحارثى.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (وإن أعاره إياه برئ أيضا لأن العارية توجب الضمان) المغنى (٥/٤٣٨).

(٢) قال فى الشرح: (لأن العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ولا فائدة فى وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له) الشرح (٥/٤٢٦).

(٣) قيد صاحب الكافى البراءة بالعلم فقال فى إعارته: (وإن لم يعلم لم يبرأ لأنه لم يعد إليه سلطانه وإنما قبضه على الأمانه) الكافى (٢/٢٢٨).

(٤) وهو (الذى ذكره فى الكافى: أنه إذا لم يعلم لم يبرأ لما قدمناه فى النقطة السابقة) الكافى (٢/٢٢٨).

(٥) ذكره فى الكافى فقال: (وللمالك مطالبة المشترى لأنه مقرب بالثمن للبائع والبائع يقر به لمالكه والمشترى أتلف العبد) انظر الكافى (٢/٢٣١).

وقال أبو الخطاب فى الهداية، والمصنف وجماعة: ويحتمل أن يبطل العتق: ﴿إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ﴾.

يعنى: إذا اتفقوا عليه كلهم. ويعود العبد إلى المدعى.

تنبيه: الضمان هنا هو ثمنه. قدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل: بل قيمته حين ا لعقد.

قال فى الرعاية الكبرى، قلت: إن أجاز البيع ـ وقلنا يصح بالإجازة ـ فله الثمن. وإن رده: فله القيمة.

فعلى المذهب، فى أصل المسألة: لو مات العبد، وخلف مالاً: فهو للمدعى إلا أن يخلف وارثًا فيأخذه. وليس له عليه ولاء.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ: لَزِمَهُ مِثْلُهُ، إِنْ كَانَ مَكِيلاً، أَوْ مَوْزُونًا﴾.

وكذا لو أتلفه. هذا المذهب. وعليه الأصحاب، سواء تماثلت أجزاؤه أو تفاوت كالأثمان، والحبوب، والأدهان، وغير ذلك ـ وجزم به فى العمدة[1]، والمحرر[2]، والوجيز، والتسهيل، وغيرهم. وقدمه فى المغنى[3]، والشرح[4]، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وحكاه ابن عبد البر إجماعًا فى المأكول، والمشروب.

وعنه: يضمنه بقيمته.

قال الحارثى: ذكرها القاضى أبو الحسين فى كتابه التمام، وأبو الحسن ابن بكروس فى رءوس المسائل. وذكره القاضى أيضًا.

وذكره أيضًا أخذ القيمة فى نُقْرة وسبيكة للأثمان، وعنب ورطب وكمثرى.

قال المصنف، والشارح: ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها.

تنبيه: محل هذا إذا كان باقيًا على أصله. فأما مباح الصناعة ـ كمعمول الحديد، والنحاس، والرصاص، والصوف، والشعر المغزول، ونحو ذلك ـ فإنه يضمن بقيمته.

---

(١) ذكره فى العمده (٢٧٣).

(٢) ذكره فى المحرر (٣٦١/١).

(٣) قدمه فى المغنى فقال: (أى ظاهر كلام أحمد فى سائر المكيل والموزون فظاهر كلامه أنه يضمن بمثله) المغنى (٣٧٦/٥).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى (٤٢٨/٥).

لأنه خرج عن أصله. جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والفروع، وغيرهم.

قوله: ﴿وَإِنْ أَعْوَزَ الْمِثْلُ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَازِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز،والمحرر، وناظم المفردات، والمنور، وغيرهم.

وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى[٣]، والمغنى[٤]، والشرح[٥]، والتلخيص، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وهو من مفردات المذهب.

وقال القاضى فى الخصال: يضمنه بقيمته يوم القبض. يعنى يوم قبض البدل.

قال فى التلخيص: وذكره ابن عقيل.

قال الحارثى: اختاره ابن عقيل.

وعنه: يلزمه قيمته يوم تلفه.

وقيل: أكثرهما ـ يعنى: أكثر القيمتين ـ قيمته يوم البدل، وقيمته يوم التلف.

وعنه: يوم المحاكمة. وعنه يلزمه قيمته يوم غصبه.

وقيل: يلزمه أكثر القيمتين: قيمته يوم الإعواز، وقيمته يوم الغصب. وهو تخريج فى الهداية وغيرهما.

فوائد

إحداها: إن قدر على المثل قبل أخذ القيمة: وجب رد المثل. قاله الأصحاب[٦].

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (لأن الصناعة تؤثر فى قيمته وهى مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون) المغنى (٣٧٦/٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٣٣/٥).

(٣) ذكره فى الكافى فقال: (لأنه يسقط بذلك المثل وتجب القيمة فأشبه تلف المتقومات) الكافى (٢٢٥/٢).

(٤) قال: فى المغنى – وجب رد مثله فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال االقاضى تجب قيمته يوم خفض البدل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل إنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة) المغنى (٤٢١/٥)

(٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٢٩/٥).

(٦) ذكره فى الشرح (فقال: فإذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم) الشرح (٤٢٩/٥). والمغنى (٤٢٢/٥). الكافى (٢٢٥/٢).

وقال فى القاعدة السادسة والأربعين: ينبغى أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الإتلاف، ثم عدمه.

أما إن عدمه ابتداء: فلا يبعد أن يخرج فى وجوب أداء المثل خلاف. انتهى.

وإن كان بعد أخذها: أجزأت.

ولا يلزمه ردها، وأخذ المثل. على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: لم يرد القيمة فى الأصح.

قال فى التلخيص: لم يرد القيمة على الأظهر. وجزم به فى الفائق، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وقيل: يرده ويأخذ المثل.

الثانية: الصحيح من المذهب: أن المثلى هو المكيل والموزون.

قال الحارثى: المذهب أنه المكيل والموزون. كذلك نص عليه من رواية إبراهيم بن هانئ، وحرب بن إسماعيل.

وتقدم كلام القاضى فى السبيكة ونحوها.

وقال فى المجرد: الحطب، والخشب، والحديد، والنحاس، والرصاص ليس مثلياً لا يختلف.

قال الحارثى: وعموم نص الإمام أحمد رحمه الله على خلافه، وهو الصحة. انتهى.

ذكر فى المستوعب: أن كل مالا يضبط بالصفة ـ كالربويات، والأشربة، والغالية غير مثلى. لاختلافه باختلاف المركبات والتركيب.

قال الحارثى: والصواب إدراجه فى المنصوص. لأنه موزون.

وقال الحارثى أيضًا: ولعمرى، أن اعتبار المثلى بكل ما يثبت فى الذمة حسن. والتشابه فى غير المكيل والموزون ممكن. فلا مانع منه. وكذلك ما انقسم بالأجزاء بين الشريكين من غير تقويم، مضافًا إلى هذا النوع. لوجود التماثل وانتفاء التخالف. انتهى.

الثالثة: الدراهم المغشوشة الرائجة: مثليه لتماثلها عرفاً. ولأن أخلاطها غير مقصودة. قاله الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا: ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ﴾.

هذا المذهب[١]. وعليه جماهير الأصحاب. وهو من المفردات.

قال الحارثى: هو قول الأكثرين.

وقد نص عليه، فى الأمة: من رواية صالح وحنبل، وموسى بن سعيد، ومحمد ابن يحيى الكحال. وفى الدابة: من رواية مهنا. وفى الثياب: من رواية الكحال أيضاً، وابن مشيش ومهنا.

وعنه: فى الثوب والقصعة والعصى ونحوها: يضمنها بالمثل، مراعيًا للقيمة اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله، وصاحب الفائق.

قال فى رواية موسى بن سعيد: المثل فى العصى والقصعة إذا كسر، وفى الثوب. وصاحب الثوب مخير. إن شاء شق الثوب، وإن شاء مثله.

قال المصنف: معناه ـ والله أعلم ـ إن شاء أخذ أرش الشق.

قال الحارثى: وفيه نظر. فقد قال فى رواية الشالنجى: يلزمه المثل فى العصى، والقصعة والثوب.

قلت: فلو كان الشق قليلاً؟ قال صاحب الثوب بالخيار قليلاً كان أو كثيرًا. وذكر ذلك فى الفائق، وغيره.

وقال فى الفروع، وعنه: يضمنه بمثله. ذكرها ابن أبى موسى. واختارها شيخنا.

قال فى الأختيارات: وهو المذهب عند ابن أبى موسى.

قال الحارثى: هو المذهب عند ابن أبى موسى. واختاره. وذكر لفظه فى الإرشاد.

قال الحارثى وهو الحق.

وعنه: يضمنه بمثله. وعنه: يضمنه فى غير الحيوان بمثله. ذكره جماعة.

وذكره فى الواضح، والموجز: أنه ينقص عنه عشرة دراهم.

وذكر فى الإنتصار، والمفردات: لو حكم حاكم بغير المثل فى، وبغير القيمة فى المتقوم: لم ينفذ حكمه، ولم يلزمه قبوله.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال: - (فإن كان مما لا مثل له وجبت قيمته لقول رسول الله ﷺ: «من أعتق شركا له فى عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم وأعطى شركاؤه حصصهم» متفق عليه فأوجب القيمة لأن إيجاب مثله من جهة الخلقه لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد فكانت القيمة أقرب إلى بقاء حقه) الكافى (٢/٢٢٥). والشرح (٥/٤٢٩)، والمغنى (٥/٤٢٢)، والمحرر (١/٣٦١)، والعمدة (٢٧٣).

ونقل ابن منصور فيمن كسر خلخالا: أنه يصلحه.

قوله: ﴿ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ فِي بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ﴾.

وهذا المذهب. نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال الحارثى: وهو الصحيح والمشهور.

وقال الزركشي: هذا المشهور والمختار عند الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، ونظم المفردات، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[(١)]، والتلخيص، والشرح[(٢)]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والحارثى، وغيرهم.

ويتخرج: أن يضمنه بقيمته يوم غصبه. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قال الحارثى: أورد المصنف وأبو الخطاب هذا التخريج من قول الإمام أحمد فى حوائج البقال يعطيه على سعر يوم أخذ. وفرق بينهما بأن الحوائج يملكها الآخذ بأخذها. بخلاف المغصوب. انتهى.

وعنه:بأكثرهما ـ يعنى أكثر القيمتين ـ قيمة يوم تلفه ويوم غصبه.

قال الحارثى: ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم: من يوم الغضب إلى يوم التلف.

ونسب إلى الخرقى من قوله«ولو غصبها حاملا، فولدت فى يده ثم مات الولد. أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته» وهو اختيار السامرى.

قال القاضى فى الروايتين: وما وجدت رواية بما قال الخرقى.

وهو عندى غير مناف للأول. فإن قيمة الولد بعد الولادة تتزايد بتزايد تربيته. فتكون يوم موته أكثر ما كانت.

وعلى هذا يتعين حمل ماقال. لأنه المعروف من نص الإمام أحمد. وما عداه من ذلك لا يعرف من نصه. انتهى.

فائدة: حكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه: حكم المغصوب فى اعتبار الضمان بيوم التلف. وكذا المتلف بلا غصب، بغير خلاف. قاله الحارثى. وتقدمت الإحالة على هذا المكان فى أواخر خيار البيع.

---

(١) أحاله فى المغنى على المسألة التى قبلها فراجعه. المغنى (٥/٤٢٢).

(٢) انظر الشرح (٥/٤٣١).

وقوله: «في بلده» هو الصحيح من المذهب. أى فى بلد غصبه. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والتلخيص، والفائق، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وعنه: تعتبرالقيمة من نقد البلد الذى تلف فيه. لأنه موضع ضمانه. جزم به فى الكافى[(٣)].

قال الحارثى، عن القول الأول: كذا قال أبو الخطاب ومن تابعه. وعلل بأنه محل الضمان. فاختص به دون غيره.

قال: وفى هذا نظر. فإنه إنما يتمشى على اعتبار الضمان بيوم الغصب. لأنه إذَنْ محل الضمان.

أما على اعتباره بيوم التلف ـ كما هو الصحيح ـ فالاعتبار إذن إنما هو بمحل التلف. لأنه محل الضمان، حيث وجد سببه فيه. فوجب الاعتبار به.

وقد أشار صاحب التلخيص إلى ماقلنا.

فإنه قال: لو غصب فى بلد، وتلف فى بلد آخر، ولقيه فى ثالث: كان له المطالبة بقيمة أى البلدين شاء من بلد الغصب والتلف، إلا أن نقول: الاعتبار بيوم القبض، فيطالب بالقيمة فى بلد الغصب. انتهى.

قلت: قد صرح فى التلخيص بأنه يعتبر القيمة فى بلد الغصب فى هذا المحل من كتابه. فقال: وتعتبر القيمة فى بلد الغصب.

وعلى كلا القولين: إن كان فى البلد نقد أخذ منه. وإن كان فيه نقود أخذ من غالبها. صرح به الأصحاب، إلا أن يكون من جنس المغصوب. مثل المصوغ ونحوه. على ما يأتى.

فوائد

الأولى: لو نسج غزلا، أو عجن دقيقا. فقيل: حكمه[(٤)] كذلك. جزم به فى الفائق.

---

(١) ذكره فى المغنى (٥/٤١٩).

(٢) وكذلك فى الشرح (٥/٤٣٨).

(٣) انظر الكافى (٢/٢٢٦).

(٤) ذكره فى الكافى فقال: (فإن عمل فيه عملا كثوب قصره أو نصله وخاطه أو قطن غزله أو غزلا نسجه فعليه رده لأنه عين ماله ولا شيء للغاصب لأنه عمل فى ملك غيره بغير إذنه) الكافى (٢/٢٢٠)، والعمدة (٢٧٣)، والمحرر (١/٣٦١)، والمغنى (٥/٤٢٩)، والشرح (٥/٣٩٨).

وقيل: حكمه كذلك، أو القيمة.

قال فى التلخيص: وهو أولى عندى. وأطلقهما فى الفروع.

الثانية: لا قصاص فى المال. مثل شق ثوبه ونحوه على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

ونقل اسماعيل، وموسى بن سعيد، والشالنجى، وغيرهم: أنه مخير فى ذلك.

واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله، وصاحب الفائق، وابن أبى موسى.

وتقدم النقل فى ذلك قريبًا فى قوله:«وإن لم يكن مثليًا».

ويأتى:«هل يقتص من اللطمة ونحوها؟» فى باب مايوجب القصاص.

الثالثة: لو غصب جماعة مشاعًا. فرد واحد منهم سهم واحد إليه: لم يجز له، حتى يعطى شركاءه. نص عليه. وكذا لو صالحوه عنه بمال. نقله حرب.

قاله فى الفروع: ويتوجه أنه بيع المشاع.

الرابعة: لو زكاه ربه: رجع بها. قدمه فى الفروع.

وقال: ظاهر كلام أبى المعالى: لا يرجع.

قال فى الفروع: وهو أظهر.

واختار صاحب الرعاية: أنه كمنفعة.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ مَصُوغاً، أَوْ تِبْرًا تُخالِفُ قِيمَتُهُ وَزْنَهُ: قَوَّمَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ﴾. هذا المذهب.

قال فى الرعايتين، والنظم: قومه بغير جنسه، فى الأصح. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المغنى[1]، والشرح[2]، والحاوى الصغير، والفائق، وقال: قاله الشيخ وغيره.

قال الحارثى: هذا المشهور.

وقال القاضى: يجوز تقويمه بجنسه. واختاره فى الفائق.

وقال الحارثى: وهو قول القاضى، وابن عقيل. قال: وهو الأظهر.

---

(١) قدمه فى المغنى (فقال: لكنه يقوم بغير جنسه لئلا يؤدى إلى الربا) المغنى (٣٧٧/٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٣٢/٥).

قال الحارثى: إذا استهلك ذهبًا أو فضة، فلا يخلو: إما أن يكونا مضروبين أولا. فإن كانا مضروبين: فمثليان.

وإن كانا غير مضروبين، فلا يخلو: إما أن يكونا مصوغين أولا.

فإن لم يكونا مصوغين. فإن قيل بمثليته ـ كما هو الصواب ـ فيضمنان بالمثل.

وإن قيل: بتقويمه ـ وهو الوارد فى الكتاب ـ فإن كان من جنس نقد البلد، واستويا زنة وقيمة: فمضمون بالزنة من نقد البلد.

وإن اختلفا ـ وهى مسألة الكتاب: فمضمون بغير الجنس. وذكره القاضى أيضًا، وابن عقيل، وغيرهما.

وإن كان مغايرًا لجنس نقد البلد، بأن كان المُتْلَف ذهباً، ونقد البلد دراهم، أو بالعكس: ضمن بغالب نقد البلد.

وإن كانا مصوغين. فإن قيل: بالمثلية فى مثله ـ كما تقدم ـ وجب المثل زنة وصورة. وإن قيل بالتقويم ـ كما هو المشهور ـ فإن اتحدا قيمة ووزنا لسوء الصناعة: ضمن بزنته من نقد البلد كيف كان. وإن اختلفا: وجبت القيمة من غير الجنس.

وقال القاضى، وابن عقيل: يجوز أداء القيمة من الجنس. وهو الأظهر. انتهى.

تنبيه: محل هذا إذا كان مباح الصناعة. فأما محرم الصناعة ـ كالأوانى، وحلى الرجال المحرم: فإنه لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه. وجهًا واحدًا. قاله المصنف. والشارح، والحارثى، وغيرهم.

وعنه: يضمن بقيمته. ذكرها فى الرعايتين.

وزاد فى الكبرى فقال: وقيل إن جاز اتخاذه: ضمن. كالمباح وإلا فلا.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ مُحَلّى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا: قَوَّمَهُ بِماَ شَاءَ مِنْهُماَ، وَأَعْطَاهُ بِقِيْمَتِهِ عَرَضًا﴾.

جزم به فى المغنى[1]، والشرح[2]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والنظم، والوجيز، وغيرهم.

قال الحارثى: فالواجب القيمة من غير الجنس. وهو العرض مقومًا بأيهما شاء،

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٣٧٧/٥).

(٢) قال فى الشرح: (للحاجة وأعطاه بقيمته عوضًا لئلا يفضى إلى الربا. ولا يمكن تقويمه إلا بأحدهما لأنهما قيم الأموال فدعت الحاجة إلى تقويمها) الشرح (٤٣٣/٥).

وعلله. وقال: هذا على أصل المصنف وموافقته فى المسألة الأولى.

أما على أصل القاضى، ومن وافقه: فجائز تضمينه بالجنس على ما مرّ. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ الْمَغْصُوبِ، فَنَقَصَتْ قِيمَةُ بَاقِيهِ ـ كَزَوْجَى خُفٍّ تَلِفَ أَحَدُهُمَا ـ فَعَلَيْهِ رَدّ البَاقِى، وَقِيمَةُ التَّالِفِ، وَأَرْشُ النَّقْصِ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. ونصره المصنف[١]، والشارح، وغيرهما. وصححه فى النظم، وغيره. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

قال الحارثى: هذا المذهب. وقدمه فى الهداية، وغيرها.

وقيل: لا يلزمه أرش النقص.

قال الحارثى: وهذا الوجه لا أصل له، ولو هائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب، مع الاطلاع على إيراد أبى الخطاب له. وأطلقهما فى الرعايتين، والفائق.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَقَ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدّهُ مَعَ بَقَائِهِ: ضَمِنَ قِيمَتَهُ. فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ رَدِّهِ: أَخَذَ القِيمَةَ﴾.

هذا المذهب[٢]. وعليه الأصحاب.

وقالوا: يرد القيمة للغاصب بعينها إن كانت باقية. ويرد زوائدها المتصلة، من سمن ونحوه. ولا يرد المنفصله. بلا نزاع.

وإن كانت تالفة: فمثلها إن كانت مثلية، أو قيمتها إن كانت متقومة.

وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة؟

قال فى التلخيص: يحتمل وجهين. قال: وكذلك إذا اشترى شراء فاسدًا: هل يحبس المشترى المبيع على رد الثمن؟ والصحيح: أنه لا يحبس، بل يدفعان إلى عدل، ليسلم إلى كل واحد ماله. انتهى. وأطلقهما فى الفروع، والرعاية.

فائدة: إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ملكها. على الصحيح من المذهب. قاله

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (لأنه نقص حصل بجنا فيه فلزمه ضمانه) الشرح (٤٣٤/٥)، الكافى (٢١٩/٢).

(٢) ذكر فى المغنى (فقال: للمغصوب منه المطالبة ببدله فإذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه استرد قيمتها التى رآها) المغنى (٤١٧/٥). والشرح (٤٣٦/٥)، والكافى (٢٢٤/٢)، والمحرر (٣٦١/١).

المصنف، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال الحارثى: قاله أصحابنا.

وقال فى عيون المسائل وغيرها: لا يملكها. وإنما حصل بها الانتفاع فى مقابلة ما فوته الغاصب. فما اجتمع البدل والمبدل منه. نقله عنه فى الفروع.

وقال الزركشى: وقال القاضى فى التعليق: لا يملكها. وإنما يباح له الانتفاع بها بإزاء ما فاته من منافع العين المغصوبة.

قال القاضى يعقوب، فى تعليقه: لا يملكها. وإنما جعل الانتفاع بها عوضًا عما فوته الغاصب.

قال الحارثى: يجب اعتبار القيمة بيوم التعذر.

قال فى التلخيص: ولا يجبر المالك على أخذها. ولا يصح الإبراء منها.

ولا يتعلق الحق بالبدل. فلا ينتقل إلى الذمة. وإنما ثبت جواز الأخذ دفعًا للضرر. فتوقف على خيرته.

فائدة: لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة، فلا يملك أكسابه ولا يعتق عليه لو كان قريبه.

ويستحقه المالك بنمائه المتصل والمنفصل. وكذلك أجرة المثل إلى حين دفع البدل على ما يأتى.

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ. فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ﴾.

رأيت فى نسخة مقروءة على المصنف، وعليها خطه «فعليه قيمته» وهو أحد الوجهين. جزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

قال الحارثى: وليس بالجيد.

قلت: وهو بعيد جدًا. لأن له مثلا.

والوجه الثانى: يلزمه مثله. ورأيت فى نسخ «فعليه مثله» وعليها شرح الشارح، والحارثى، وابن منجا، وهو المذهب. جزم به فى المغنى[١]،

---

(١) جزم به فعلا فى المغنى فقال: (فعليه مثل العصير لأنه تلف فى يديه فإن صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله لان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أراه بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه غاصب ثم رده عليه) المغنى (٤١٨/٥).

والشرح[1]، وشرح ابن منجا، والرعاية الكبرى، والوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والتلخيص. وغيرهم. وقدمه فى شرح الحارثى، والفائق. وأطلقهما فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ انْقَلَبَ خَلاًّ: رَدَّهُ وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَصِيرِ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[2]، والشرح[3]، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير والوجيز، والفائق، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى.

وقال فى عيون المسائل: لا يلزمه قيمة العصير. لأن الخل عينه كحَمَل صار كبشًا.

وقال الحارثى: وللشافعية وجه: يملكه الغاصب. وهو الأقوى. ونصره بأدلة كثيرة.

فائدة: لو غلَى العصير، فنقص: غرم أرش نقصه. وكذا يغرم نقصه. على المذهب. وقاله الأصحاب.

قال فى الفروع: ويحتمل أنه لا يلزمه. لأنه ماء.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ لِلْمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ: فَعَلَى الغَاصِبِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ﴾.

يعنى إذا كانت تصح إجارته. هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه فى قضايا كثيرة. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى[4]، والشرح[5]، وشرح الحارثى، والفروع، وغيرهم.

وعنه التوقف عن ذلك.

قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه. لأن الراوى لها عنه محمد بن الحكم. وقد مات قبل الإمام أحمد رحمه الله بعشرين سنة.

قلت: موته قبل الإمام أحمد لا يدل على رجوعه. بل لابد من دليل يدل على رجوعه غير ذلك.

---

(١) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٣٧/٥).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه وعلق قائلا: (فإن الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه)، المغنى (٤١٨/٥).

(٣) ذكره بنصه وتمامه فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٣٧/٥).

(٤) فصل فيها صاحب المغنى فقال: – (هذه المسألة يشتمل على حكمين. أحدهما: وجوب رد المغصوب، والثانى: رد أجرته أما الأول فإن المغصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»، رواه أبو داود)، انظر المغنى (٤٢٣/٥).

(٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٣٨/٥).

ثم وجدت الحارثي قال قريبًا من ذلك، فقال: الاستدلال على الرجوع بتقدم وفاة محمد بن الحكم: لايصح. فإن من تأخرت وفاته من الجائز أن يكون منهم من سمع قبل سماع محمد بن الحكم. لاسيما أبو طالب. فإنه قديم الصحبة لأحمد رحمه الله.

قال: وأحسن منه: التأنس بما روى أن ابن منصور بلغه أن الإمام أحمد رجع عن بعض المسائل التى علقها. فجعلها فى جراب وحملها على ظهره. وخرج إلى بغداد، وعرض خطوط الإمام أحمد عليه فى كل مسألة. فأقر له بها ثانيًا.

فالظاهر: أن ذلك كان بعد موت ا بن الحكم، وقبل وفاة الإمام أحمد بيسير، وابن منصور ممن روى الضمان. فيكون متأخرًا عن رواية ابن الحكم انتهى.

وتقدم نظير ذلك فى الباب عند قوله: «وإن غصب ثوبًا فقصره، أو غزلا فنسجه»(١).

قال فى الفروع هنا: ونقل ابن الحكم: لا أجرة مطلقًا، يعنى سواء انتفع. به أولا.

وظاهر المبهج: التفرقة. يعنى إن انتفع به فعليه الأجرة، وإلا فلا. واختاره بعض الأصحاب.

وجعله الشيخ تقى الدين رحمه الله ظاهر ما نُقل عنه.

وقد نقل ابن منصور: إن زرع بلا إذنه، فعليه أجرة الأرض بقدر ما استعملها إلى رده أو إتلافه أو رد قيمته.

فائدتان

إحداهما: لو كان العبد ذا صنائع: لزمه أجرة أعلاها فقط.

الثانية: منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب. تضمن بالفوات والتفويت.

تنبيه: قال الحارثى«أبو بكر»: المبهم فى الكتاب. هو الخلال. وإطلاق«أبى بكر» فى عرف الأصحاب إنما هو أبو بكر عبد العزيز، لا الخلال، وإن كان يحتمل أن يكون من كلام أبى بكر عبد العزيز. كما قال. فإنه أدخل فى جامع الخلال شيئًا من كلامه. فربما اشتبه بكلام الخلال. إلا أن القاضى، وابن عقيل، وغيرهما من أهل المذهب: إنما حكوه عن الخلال. انتهى.

---

(١) قال فى الكافى:.(ولا شىء للغاصب لأنه عمل فى ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق شيئا) الكافى (٢٢٠/٢).

قوله: ﴿وَإِنْ غَصَبَ شَيْئًا، فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ فَأَدَّى قِيمَتَهُ: فَعَلَيْهِ أُجْرَتُه إِلَى وَقْتِ أَدَاءِ القِيْمةِ. وَفِيما بَعْدَهُ وَجْهَانِ﴾.

إن كان قبل أداء القيمة: فحكمه حكم المسألة التى قبلها، خلافًا ومذهبًا.

وإن كان بعد أدائها: فأطلق فى وجوبها الوجهين[١]. وأطلقهما فى التلخيص. وقال: ذكرهما القاضى، وابن عقيل.

أحدهما: لا يلزمه. وهو الصحيح من المذهب. صححه فى المستوعب، والمصنف، والشارح، وصاحب التصحيح، وغيرهم. وجزم به فى الوجيز، وغيره وقدمه فى الفروع، وغيره.

والوجه الثانى: يلزمه. لأن العين باقية على ملك المغصوب منه والمنفعة. فعلى هذا الوجه: تلزمه الأجرة إلى رده مع بقائه.

فائدة: قال فى الفروع، وظاهر كلام الأصحاب: أنه يضمن رائحة المسك ونحوه، خلافا للإنتصار، لا نقداً لتجارة.

قلت: الذى ينبغى: أن يقطع بالضمان فى ذهاب رائحة المسك ونحوه.

قوله: ﴿وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ ــ كَالْحَجِّ وَسَائِرِ العِبَادَاتِ، وَالعُقُودِ. كَالْبَيْعِ، وِالنِّكَاحِ، وَنَحْوِهَا ـ بَاطِلَةٌ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ﴾.

وهى المذهب[٢]. قال الشارح: هذا أظهر.

قال الزركشى: هذا المذهب. وصححه فى التصحيح وغيره.

قال فى التلخيص، فى باب البيع: وإن كثرت تصرفاته فى أعيان المغصوبات يحكم ببطلان الكل. على الأصح. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال فى الفروع: اختاره الأكثر. ذكره فى كتاب البيع فى الشرط السابع.

---

(١) ذكره فى الشرح وذكر الوجهين فقال: (لأن منافعة إلى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين وقع بدله إلى رده فيه وجهان. وأصحهما لا يلزمه لأنه استحق الانتفاع ببدله الذى أقيم مقامه فلم الانتفاع به وقام مقامه، والثانى – له الأجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة لـه) الشرح (٤٤/٥).

(٢) ذكرها فى المغنى وألحقها فى الحكم على تصرفات الفضولى وذكر الروايتين (إحداهما: بطلانها – والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك قال سواء ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعقود كالبيع) المغنى (٤١٥/٥)، والشرح (٤٤٠/٥).

والأخرى: صحيحه.

وعنه: تصح موقوفة على الإجازة. وأطلقهن فى الفائق.

وقال، وقيل: الصحة مقيدة بما لم يبطله المالك من العقود. انتهى.

قلت: قال الشارح: وقد ذكر شيخنا فى الكتاب المشروح رواية: أنها صحيحة. وذكرها أبو الخطاب. قال: وهذا ينبغى أن يتقيد فى العقود بما إذا لم يبطله المالك. فأما إن اختار المالك إبطاله، فأخذ المعقود عليه. فلا نعلم فيه خلافًا.

وأما ما لم يدركه المالك، فوجه التصحيح فيه: أن الغاصب تطول مدته، وتكثر تصرفاته. ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير. وربما عاد الضرر على المالك. انتهى.

وقال ماقاله الشارح، والقاضى فى خلافه، وابن عقيل. نقله عنهما فى الفائدة العشرين، والمصنف فى المغنى[1].

وأطلق الرواية مرة كما هنا، ومرة قال: ينبغى أن يقيد. كما قال الشارح. وقال: هو أشبه من الإطلاق.

قال الحارثى: وهذه الرواية لم أر من تقدم المصنف وأبا الخطاب فى إيرادها.

وقال أيضًا: وأما الصحة على الإطلاق: فلا أعلم به أيضًا، سوى نصه على ملك المالك. كربح المال المغصوب، كما سنورده فى مسألة الربح.

وقال ـ عن كلام المصنف فى تقييد الرواية: أما طول مدة الغصب، وكثرة تصرفات الغاصب: فلا يطرد. بل كثير من المغصوب لا يتصرف فيه بعقد أصلا، وبتقدير الإطراد غالبًا.

تنبيهان

أحدهما: بنى المصنف فى المغنى[2]، وجماعة: تصرف الغاصب، على تصرف الفضولى. فأثبت فيه ما فى تصرف الفضولى، من رواية الانعقاد موقوفا على إجازة المالك.

قال الحارثى: ومن متأخرى الأصحاب: من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولى. قال: وليس بشىء.

---

(١) ذكره فى المغنى وفقال: (وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضى كون الربح للمالك والعوض بتمامه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك) المغنى (٤١٦/٥).

(٢) ذكره فى المغنى حيث قال :(وبنى فعلا تصرفات الغاصب على تصرفات الفضولى) المغنى (٤١٥/٥).

ثم قال: ولا يصح إلحاقه بالفضولى. وفرق بينهما بفروق جيدة.

الثانى: هذا الخلاف المحكى فى أصل المسألة من حيث الجملة. وقد قسمها المصنف قسمين: عبادات، وعقود.

فأما العبادات: ففيها مسائل.

منها: الوضوء بماء مغصوب، والوضوء من إناء مغصوب، وغسل النجاسة بماء مغصوب، وستر العورة بثوب مغصوب، والصلاة فى موضع مغصوب.

وقد تقدم ذلك مستوفى فى كتاب الطهارة، والآنية، وإزالة النجاسة، وستر العورة، واجتناب النجاسة.

ومنها: الحج بمال مغصوب، كما قال المصنف. والصحيح من المذهب أنه لا يصح. نص عليه.

قال ابن أبى موسى: وهو الصحيح من المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

قال فى الخلاصة: باطل على الأصح.

قال الشارح: باطل على الأظهر.

قال ابن منجا فى شرحه: هذا المذهب.

قال فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: يبطل فى كل عبادة على الأصح.

وصححه الناظم، وغيره. وقدمه الحارثى وغيره. وهو من مفردات المذهب.

وقيل عنه: يجزئه مع الكراهة. قاله ابن أبى موسى. واختاره ابن عقيل.

قال الحارثى: وهو أقوى.

قلت: وهو الصواب. فيجب بدل المال دينًا فى ذمته.

ومنها: الهدى المغصوب: لايجزئ. صرح به الأصحاب(١). نص عليه فى رواية على بن سعيد.

وعنه: الصحة موقوفة على إجازة المالك.

ونص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره: فلا يجزئه، وبين أن يظن أنها لنفسه: فيجزئه فى رواية ابن القاسم، وسندى.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال إذا غصب شاة فذبحها عن الواجب عليه لم يجزئ سواء رضى مالكها أو لم يرض أو عوضه عنها أو لم يعوضه). المغنى (٥٥٩/٣). وكذلك فى الشرح (٥٧٦/٣).

وسوى كثير من الأصحاب بينهما فى حكاية الخلاف.

قال فى الفائدة العشرين: ولا يصح.

وإن كان الثمن مغصوبًا: لم يجزه أيضًا. اشتراه بالعين أو فى الذمة. قاله الحارثى.

قلت: لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه فى الذمة لكان متجهًا.

ومنها: لو أوقع الطواف أو السعى أو الوقوف على الدابة المغصوبة. ففى الصحة روايتا الصلاة فى البقعة المغصوبة. قاله الحارثى.

قلت: النفس تميل إلى صحة الوقوف على الدابة المغصوبة.

ومنها: أداء المال المغصوب فى الزكاة غير مجزئ.

قال الحارثى: ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف فى الزكاة. وتبعه المصنف فى المغنى وغيره من الأصحاب. كما انتظمه عموم إيراد الكتاب.

فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب ـ وهو الصحيح ـ فهذا شئ لايقبل نزاعًا ألبتة. لما فيه من النص. فلا يتوهم خلافه.

وإن أريد به الأداء عن المالك، بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب ـ وهو بعيد جدًا ـ فإن الواقع من التصرف للعبادة إنما يكون عن الغاصب نفسه. فلا يقبل أيضا. خلافًا لاتفاقنا على اعتبار نية المالك، إلا أن يمتنع من الأداء. فيقهره الإمام على الأخذ منه. فيجزئ فى الظاهر. وليس هذا بواحد من الأمرين. فلا يجزئ بوجه.

ومنها: كل صدقة ـ من كفارة، أو نذر، أو غيرهما ـ كالزكاة سواء.

ومنها: عتق المغصوب. لاينفذ بلا خلاف فى المذهب. ونص عليه. قاله الحارثى.

ومنها: الوقف. لاينفذ فى المغصوب قولا واحدًا.

لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوبا. فإن اشترى بعين المال: لم ينفذ. وإن اشترى فى الذمة، ثم نقده. فإن قيل بعدم إفادة المالك: لم ينقذ. وإن قيل بالإفادة: نفذ العتق والوقف. قاله الحارثى.

وأما العقود ـ من البيع، والإجارة، والنكاح، ونحوها: فالعقد باطل. على الصحيح من المذهب. ونص عليه الأصحاب.

وتقدم حكاية الرواية بالصحة. والكلام عليها، والرواية بالوقف على الإجازة.

تنبيه: قوله: ﴿وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةِ﴾.

أى التى يحكم عليها بصحة أو فساد. احترازًا من غير الحكمية[1]. كإتلاف المغصوب. كأكله الطعام، أو إشعاله الشمع، ونحوهما. وكلبسه الثوب ونحوه. فإن هذا لا يقال فيه صحيح ولا فاسد. والله أعلم.

قال ابن نصر الله فى حواشى الوجيز: وقوله«الحكمية» احترازا من التصرفات الصورية.

فالحكمية: ماله حكم من صحة وفساد، كالبيع، والهبة، والوقف، ونحوه.

والصورية: كطحن الحب، ونسج الغزل، ونجر الخشب، نحوه. انتهى. وهو كالذى قبله.

قوله: ﴿وَإِنِ اتَّجَرَ بِالدَّرَاهِمِ فَالرِّبْحُ لِمَالِكِهَا﴾.

يعنى إذا اتجر بعين المال، أو بثمن الأعيان المغصوبة: فالمال وربحه لمالكها.

وهذا الصحيح من المذهب. ونص عليه. ونقله الجماعة. وعليه الأصحاب.

قال المصنف[2]، والشارح، قال أصحابنا: الربح للمالك، والسلع المشتراة له. وجزم به فى الوجيز. وغيره وقدمه فى الفروع، وغيره. وهو من مفردات المذهب واحتج الإمام أحمد بخبر عروة بن الجعد رضى الله عنه.

ونقل حرب فى خبر عروة: إنما جاز، لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام جوزه له وقيد جماعة ـ منهم: صاحب الفنون، والترغيب: الربح للمالك إن صح الشراء. وأطلق الأكثر.

وقال الحارثى: ويتخرج من القول ببطلان التصرف: رواية بعدم الملك للربح. وهو الأقوى. انتهى. وعنه: يتصدق به.

وقيل: لايصح بعينه. إن قلنا : النقود تتعين بالتعيين.

قوله: ﴿وَإِنِ اشْتَرَى فِى ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا فَكَذَلِكَ﴾.

يعنى: الربح للمالك أيضًا.

(١) ذكره فى المغنى (٤١٦/٥) و الشرح (٤٤٠/٥).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (قال أصحابنا: الربح للمالك والسلع المشتراة له) المغنى (٤١٦/٥)، الشرح (٤٤٠/٥)، المحرر (٣٦٢/١).

وأعلم أنه إذا اشترى فى الذمة، أو باع سلمًا، ثم أقبض المغصوب وربح: فالعقد صحيح. على المذهب[١]. والإقباض فاسد. بمعنى أنه غير مبرئ. وصحة العقد نص عليها فى رواية المروذى.

وحكى القاضى فى التعليق الكبير وجهًا: يكون العقد موقوفًا على إجازة المالك. إن أجازه صح، وإلا بطل. قال: وهو أصح ما يقال فى المسألة.

قال الحارثى: وهو مأخوذ من مثله فى مسألة الفضولى. قال: وهو مشكل. إذ كيف يقف تصرف الإنسان لنفسه على إجازة غيره. انتهى.

وأما الربح، فقدم المصنف هنا: أنه للمالك. وهو الصحيح من المذهب.

قال الشارح: هذا المشهور فى المذهب.

قال الحارثى: هو ظاهر المذهب. وجزم به جماهير الأصحاب، حتى أبو الخطاب فى رءوس المسائل. انتهى.

وجزم به فى الإرشاد وغيره. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والمستوعب، وغيرهم. وهو من المفردات.

وقال فى المحرر[٢]، والوجيز، والمنور: إذا اشترى فى ذمته بنية نقدها: فالربح للمالك. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وعنه: الربح للمشترى. وهو احتمال فى الشرح[٣]. وهو قياس قول الخرقى.

قال الحارثى: وهو الأقوى

فعليها: يجوز له الوطء. ونقله المروذى.

وعلى هذا: إن أراد التخلص من شبهة بيده: اشترى فى ذمته، ثم نقدها. وقاله القاضى، وابن عقيل. وذكره عن الإمام أحمد رحمه الله.

فوائد

الأولى: لو اتجر بالوديعة: فالربح للمالك. على الصحيح من المذهب ونص عليه فى رواية الجماعة.

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: - (على قول أبى الخطاب لأنه اشترى لنفسه فى ذمته فكان الشراء له والربح له - وذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لأنه نماء ملكه أشبه مالو اشترى بعين المالك) الشرح (٤٤١/٥)، والمحرر (٣٦٢/١)، والمغنى (٤١٦/٥).

(٢) ذكره بنصه وتمامه فى المحرر (٣٦٢/١).

(٣) ذكره فى الشرح (فقال: هذا الاحتمال بعد ما ذكر قول صاحب المحرر) الشرح (٤٤١/٥).

ونقل حنبل: ليس لواحد منهما، ويتصدق به.

قال الحارثى: وهذا من الإمام أحمد مقتضٍ لبطلان العقد. وذلك وفق المذهب المختار فى تصرف الغاصب. وهو أقوى. انتهى.

الثانية: لو قارض بالمغصوب، أو الوديعة: فالربح على ما تقدم. ولاشئ للعامل على المالك. وإن علم: فلا شئ له على الغاصب أيضًا. وإلافله عليه. أجرة المثل.

الثالثة: إجارة الغاصب للمغصوب. وهو كالبيع، كما تقدم. وهو داخل فى كلام المصنف[(١)]. والأجرة للمالك. نص عليه.

وظاهر كلام الإمام أحمد: أن المسمى هو الواجب للمالك. قاله الحارثى.

وقال المصنف، وغيره: إن الواجب أجرة المثل.

قال الحارثى: وهو أقوى.

الرابعة: لو أنكح الأمة المغصوبة، ففى البطلان والصحة: ما قاله المصنف فى المتن.

قال الحارثى، والتصحيح: لا أصل له. فإنه مقتض لنفى اشتراط الولى فى النكاح. وهو خلاف المذهب.

لكن قد يقرب إجراؤه مجرى الفضولى. فتأتى رواية الانعقاد مع الإجازة.

الخامسة: لو وهب المغصوب: ففيه الخلاف السابق. والصحيح من المذهب: البطلان، على ما تقدم.

السادسة: تذكية الغاصب الحيوان المأكول، وفى إفادتها لحل الأكل: روايتان.

إحداهما: هو ميتة. لا يحل أكله مطلقًا. جزم به أبو بكر فى التنبيه.

والرواية الثانية: يحل. قال الحارثى: وهو قول الأكثرين. انتهى.

وهذا المذهب. وهو قول غير أبى بكر من الأصحاب. قاله فى القاعدة الثانية بعد المائة.

وقد نبه عليه المصنف قبل ذلك فيما إذا ذبح الشاة وشواها.

ويأتى نظير ذلك فى ذبح السارق الحيوان المسروق، فى باب القطع فى السرقة.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (إذا أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ولمالكه يضمن أيهما شاء أجر مثلها) المغنى (٤١٣/٥) والشرح (٤٤١/٥). والكافى (٢٢٨/٢) والمحرر (٣٦٢/١).

ومن جملة المسائل المتعلقة بذلك: التذكية بالآلة المغصوبة. وكذلك التزوج بمال مغصوب. وفي كل منهما خلاف يأتي.

قوله: ﴿وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ المغْصُوبِ، أَوْ قَدْرِهِ، أَوْ صِنَاعَةٍ فِيهِ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ الغَاصِبِ﴾.

لا أعلم فيه خلافا.

فائدة: لو اختلفا في تلف المغصوب. فالقول قول الغاصب في تلفه. على الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: قبل قول الغاصب في الأصح. وجزم به في المغني[(١)]، والشرح[(٢)]، وغيرهما. وقدمه الحارثي.

وقيل: القول قول المالك. اختاره الحارثي. وهما احتمالان مطلقان في التلخيص

فعلى المذهب: للمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدله. على الصحيح من المذهب. وقدمه في الشرح[(٣)]، والتلخيص، والفروع. وصححه الحارثي. واختاره المصنف.

وقيل: ليس له مطالبته، لأنه لا يدعيه.

قوله: ﴿وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ، أَوْ عَيْبٍ: فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ﴾.

بلا نزاع أعلمه. وجزم به في المغني[(٤)]، والشرح[(٥)]، والحارثي، والوجيز، والفائق، وغيرهم.

لكن لو شاهدت البينة العبد معيبًا عند، الغاصب فقال المالك: حدث عند الغاصب، وقال الغاصب: بل كان فيه قبل غصبه: فالقول قول الغاصب. على الصحيح من المذهب. جزم به في المغني، وغيره. وقدمه في شرح الحارثي، والشرح.

وقال: ويتخرج أن القول قول المالك، كما لو تبايعا واختلفا في عيب: هل كان

---

(١) ذكره في المغني فقال: (٠ لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم به عليه به حجة) المغني (٤٣٨/٥) والشرح (٤٤٢/٥)، الكافي (٢٣١/٢).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٤٤٢/٥).

(٣) ذكره في الشرح وقدمه (٤٤٢/٥).

(٤) قال في المغني فقال: (لأن الأصل عدم ذلك واشتغال الذمة به وإن اختلف في تلفه فادعاه الغاصب وأنكره المالك فالقول قول الغاصب) المغني (٤٣٨/٥).

(٥) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٤٤٢/٥).

عند البائع، أو حدث عند المشترى؟ فإن فيه رواية: أن القول قول البائع. كذلك هذا إذ الأصل السلامة، وتأخر الحدوث عن وقت الغصب. انتهى.

قلت: هذه الرواية اختارها جماعة من الأصحاب هناك، على ما تقدم فى الخيار فى العيب.

قوله: ﴿وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لاَ يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا: تَصَدَّقَ بِهاَ عَنْهُمْ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ، كَاللُّقَطَةِ﴾.

إذ بقى فى يده غصوب لا يعرف أصحابها، فسلمها إلى الحاكم: برئ من عهدتها، بلا نزاع. ويجوز له التصدق بها عنهم بشرط ضمانها. ويسقط عنه إثم الغصب. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والوجيز، وغيرهم.

قال فى القاعدة السابعة والتسعين: لم يذكر أصحابنا فيه خلافا.

وقال فى القاعدة السادسة بعد المائة: ويتصدق بها عنه. على الصحيح. وقدمه فى الفروع، والفائق، وغيرهما.

نقل المروذى: يعجبنى الصدقة بها.

وقال فى الغنية: عليه ذلك.

ونقل أيضًا: على فقراء مكانه إن عرفه.

ونقل صالح: أو بقيمته.

وله شراء عرض بنقد ويتصدق به. ولا تجوز محاباة قريب وغيره. نص عليهما.

وظاهر نقل حرب فى الثانية: الكراهة.

قال فى الفروع: وهو ظاهر كلامهم فى غير موضع. وانتهى.

وعنه: ليس له الصدقة بها. ذكرها القاضى فى كتاب الروايتين. وهو تخريج فى الشرح (٣)، الفائق.

---

(١) قال فى الشرح: (لأنه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك إثم غصبها: ولأن قضاء الحقوق فى الآخرة بالحسنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض الغصب أحالهم بثواب الصدقة وعنه فى اللقطة لا تجوز الصدقة بها بتخرج ههنا مثله) الشرح (٤٤٤/٥).

(٢) خرجها فى الشرح فقال : وعنه فى اللقطة لا تجوز الصدقة بها فيتخرج هذا مثله ، فعلى هذا له دفعه إلى نائب الإمام كالضوال . الشرح (٤٤٤/٥).

إحداهما: قال الحارثى وغيره: وكذا الرهون، والودائع، وسائر الأمانات. كالأموال المحرمة فيما ذكرنا. وذكر نصوصا فى ذلك.

وتقدم حكم المرهون فى آخر الرهن.

ويأتى قريبًا من ذلك فى باب أدب القاضى، عند حكم الهدية، والرشوة.

وتأتى مسألة الوديعة فى بابها. وهل يلزم الحاكم الأخذ أم لا؟

الثانية: لا يجوز لمن هذه الأشياء فى يده ـ وقلنا: له الصدقة بها – أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة. نص عليه.

وخرج القاضى: جواز الأكل منها إذا كان فقيًرا، على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه. نقله عنه ابن عقيل فى فنونه. وأفتى به الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الغاصب إذا تاب.

تنبيه: ظاهر قوله«لا يعرف أربابها» أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة أربابها سوءكان قيلاً أوكثيراً. وهو المذهب. وقدمه فى الفروع ونقل

الأثرم وغيره: له الصدقة بها إذا علم ربها وشق دفعه إليه، وهو يسير، كحبة.

وقطع به فى القاعدة السابعة والتسعين، فقال: له الصدقة به عنه. نص عليه فى مواضع.

وقال الحارثى: إذا علم الغاصب المالك: فهنا حالتان.

إحداهما: انقطاع خبره لغيبة: إما ظاهرها السلامة ــ كالتجارة، والسياحة.ومضت ومدة الإياس، ولا وارث له: تصدق بها كما لو جهل. نص عليه. وإما ظاهرها الهلاك ـ كالمفقود من بين أهله، أو فى مهلكة، أو بين الصفين ونحوه. وكذلك أربع سنين، وأربعة أشهر وعشر، ولا وارث له ـ تصدق به أيضًا. نص عليه. وإن كان له وارث: سلم إليه.

وأنكر أبو بكر: الزيادة على الأربع سنين، وقال: لا معنى للأربعة أشهر فى ذلك.

قال القاضى، وغيره: أصل المسألة: هل يقسم مال المفقود للمدة التى تباح زوجته فيها، أو لأربع سنين فقط؟ على روايتين.

وإن لم تمض المدة المعتبرة: ففى المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار.

وأما ما اؤتمن عليه ـ كالوديعة، والرهن: فليس عليه الدفع إليه.

الحالة الثانية: أن يعلم وجوده. فإن كان غائبًا: سلم إلى وكيله، وإلا فإلى الحاكم. وإن كان حاضرًا فإليه أو إلى وكيله.

وإن علم موته: فإلى ورثته. فإن لم يكن له ورثة: تصدق به. نص عليه. ولا يكون لبيت المال فيه شيء.

ويأتى: إذا كسب مالا حرامًا برضى الدافع ونحوه، فى باب أدب القاضى، عند الكلام على الهدية للحاكم.

تنبيه: قول المصنف: «كاللقطة» قال الحارثى: الأليق فيه التشبيه بأصل الضمان. لا فى مضمون الصدقة والضمان. فإن المذهب فى «اللقطة» التملك لا التصدق، انتهى.

قلت: بل الصحيح من المذهب: جواز التصدق باللقطة التى لا تملك بالتعريف على ما يأتى من كلام المصنف فى اللقطة.

قال الشارح هنا: وعنه فى اللقطة لا تجوز الصدقة بها. فيتخرج هنا مثله.

فوائد

إحداها: قال فى الفروع: لم يذكر الأصحاب فى ذلك سوى الصدقة بها.

ونقل إبراهيم بن هانئ: يتصدق بها، أو يشترى بها كراعًا، أو سلاحًا يوقف. هو مصلحة للمسلمين. انتهى.

قلت: قد ذكر ذلك الحارثى. وقال عن ذلك: ينزل منزلة الصدقة. انتهى.

قال فى الفروع: وسأله جعفر عمن مات، وكان يدخل فى أمور تكره، فيريد بعض ولده التنزه؟ فقال: إذا دفعها إلى المساكين، فأى شئ بقى عليه؟ واستحسن أن يوقفها على المساكين. ويتوجه على أفضل البر.

قال الشيخ تقى الدين، رحمه الله: تصرف فى المصالح. وقاله فى وديعة وغيرها.

وقال: قاله العلماء. وأنه مذهبنا. ومذهب أبى حنيفة، ومالك. وهذا مراد أصحابنا. لأن الكل صدقة.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: من تصرف فيه بولاية شرعية لم يضمن.

وقال: ليس لصاحبه إذا عرف ردُّ المعاوضة، لثبوت الولاية عليها شرعًا للحاجة. كمن مات ولا ولى له، ولا حاكم.

مع أنه ذكر أن مذهب الإمام أحمد رحمه الله: وقف العقد للحاجة لفقد المالك، ولغير حاجة الروايتان.

وقال ـ فيمن اشترى مال مسلم من التتر لما دخلوا الشام: إن لم يعرف صاحبه صرف في المصالح، وأعطى مشتريه ما اشتراه به. لأنه لم يصِرْ لها إلا بنفقته وإن لم يقصد ذلك. كما رجحه فيمن اتجر بمال غيره وربح.

ونص في وديعة: تُنْتَظر، كمال مفقود. وأن جائزة الإمام أحب إليه من الصدقة.

قال القاضي: إن لم يعرف أن عينه مغصوب: فله قبوله.

وسوى ابن عقيل وغيره بين وديعة وغصب. ذكرهما الحلواني كرهن.

الثانية: إذا تصدق بالمال، ثم حضر المالك: خير بين الأجر وبين الأخذ من المتصدق. فإن اختار الأجر: فذاك. وإن اختار الأخذ: فله ذلك. والأجر للغارم. نص عليه في الرهن. قاله الحارثي.

الثالثة: إذا لم يبق درهم مباح. فقال في النوادر: يأكل عادته. لا ماله عنه غنية. كحلواء وفاكهة.

قوله: ﴿وَمَنْ أَتْلَفَ مَالاً مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ: ضَمِنَهُ﴾.

سواء كان عمدًا أو سهوًا.

ومفهومه: أن غير المحترم لا يضمنه، كمال الحربي والصائل، والعبد في حال قطعه الطريق ونحوه. وهو كذلك[١].

تنبيه: يستثنى من قوله:«ومن أتلف مالا محترمًا ضمنه» الحربي إذا أتلف مال المسلم. فإنه لا يضمنه.

فوائد

منها: قال في الفائق، قلت: ولو أتلف لغيره وثيقة بمال ـ لايثبت ذلك المال إلا بها ـ ففي إلزامه ما تضمنته احتمالان.

إحداهما: يلزمه. كقول المالكية. انتهى.

قلت: وهذا الصواب.

وقال في الفروع، في باب القطع في السرقة: وإن سرق فرد خف، قيمة كل واحد منهما منفردًا درهمان، ومعًا عشرة: ضمن ثمانية قيمة المتلف خمسة ونقص التفرقة ثلاثة.

---

(١) قال في الشرح: (إذا كان بغير إذنه لا نعلم في ذلك خلافا لأنه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده) الشرح (٥/٤٤٤)، والكافي (٢/٢٣٠) وقال في المغني: (يفهم منه تصرف)، المغني (٥/٤٤٩).

وقيل: درهمين. ولا قطع.

قال: وضمان ما فى وثيقة أتلفها إن تعذر: يتوجه تخريجة عليها. انتهى.

وقال ابن نصر الله فى حواشى الفروع: وقد يخرج الضمان للوثيقة من مسألة الكفالة. فإنها تقتضى إحضار المكفول، أو ضمان ما عليه. وهنا: إما أن يحضر الوثيقة، أو يضمن ما فيها إن تعذرت.

ومنها: لو أكره على إتلاف مال الغير، فقيل: يضمنه مكرهه. قطع به القاضى فى كتابه «الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر» وابن عقيل فى عمد الأدلة قاله فى القواعد.

وقيل: هو كمضطر.

قال فى التلخيص: يجب الضمان عليهما. واقتصر عليه الحارثى. وهو احتمال للقاضى فى بعض تعاليقه. وأطلقهما فى الفروع، والقواعد.

وقال فى الرعاية: وإن أكره على إتلافه ضمنه. يعنى المباشر. وقطع به. انتهى.

فإذا ضمن المباشر. إن كان جاهلا: رجع على مكرهه. على الصحيح من المذهب. جزم به فى الرعاية. وصححه فى الفروع. وقيل: لايرجع.

وإن كان عالمًا: لم يرجع. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يرجع. لإباحة إتلافه ووجوبه. بخلاف الإكراه على القتل و لم يختره، بخلاف مضطر.

وهل لمالكه مطالبة مكرهه إذا كان المكره ـ بفتح الراء ـ عالما، وقلنا: له الرجوع عليه؟ فيه وجهان.

وقال فى الرعايتين: يحتمل وجهين. وأطلقهما فى الفروع.

قلت: له مطالبته.

فإن قلنا: له مطالبته وطالبه. رجع على المتلف، إن لم يرجع عليه.

وقيل: الضمان بينهما.

ومنها: لو أذن رب المال فى إتلافه، فأتلفه: لم يضمن المتلف مطلقًا. على الصحيح من المذهب.

وقال ابن عقيل: إن عين الوجه المأذون فيه ـ مع غرض صحيح ـ لم يضمن.

وقال فى الفنون: لو أذن فى قتل عبده، فقتله: لزمه كفارة الله وأثم. ولو أذن فى

إتلاف ماله: سقط الضمان والمأثم، ولا كفارة.

وقال ـ بعد ذلك: يمنع من تضييع الحب والبذر في الأرض السبخة بما يقتضي أنه محل وفاق.

قال في الفروع: وسبق أنه يحرم ـ في الأشهر ـ دفن شئ مع الكفن.

قوله: ﴿وَإِنْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسٍ: ضَمِنَهُ﴾.

هذا المذهب مطلقًا. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في المغني[١]، والشرح[٢] والوجيز، وغيرهم. وقدمه في الفروع، وغيره.

قال في التلخيص، قال أصحابنا: يلزمه الضمان في جميع ذلك. سواء تعقب ذلك فعله، أو تراخي عنه.

قال في القواعد: ذكره القاضي، والأكثرون.

قال الحارثي: لا يختلف فيه المذهب.

وقال في الفنون: إن كان الطائر متألفًا: لم يضمنه.

وقال أيضًا: الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي. وبين ما لا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات. فإذا حل قيد العبد: لم يضمن.

وقيل: لا يضمن إلا إذا ذهبوا عقب الفتح والحل.

فعلى المذهب: يضمنه، سواء ذهب عقب فعله أو متراخيًا عنه. وسواء هيج الطائر والدابة حتى ذهبا أو لم يهيجهما. قاله الأصحاب.

فوائد

إحداهما: لو بقي الطير والفرس بحالهما، حتى نفرهما آخر: ضمنهما المنفر. جزم به في المغني[٣]، والشرح[٤]، وشرح الحارثي، والرعاية، وغيرهم.

الثانية: لو دفع مبردًا إلى عبد فبرد به قيده، فهل يضمنه أم لا؟

حكى في الفصول، والتلخيص، والرعاية: فيه احتمالين. وحكاهما في الفروع

---

(١) ذكره في المغني فقال: (لأنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان) المغني (٥/٤٤٩).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٥/٤٤٤).

(٣) ذكر هذه المسألة صاحب المغني فقال: (وإن فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء إنسان فنفرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لأن سببه أخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر) المغني (٥/٤٥٠).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغني (٥/٤٤٤).

وجهين. وأطلقهما.

قلت: الصواب الضمان. وهو ظاهر ما قدمه الحارثى.

ولو دفع مفتاحًا إلى لص: لم يضمن.

الثالثة: لو حل قيد أسير: ضمن. كحل قيد العبد. وكذا لو فتح الاصطبل فضاعت الدابة. وكذا لو حل رباط سفينة فغرقت، وسواء كان لعصوف ريح أولا. على الصحيح من المذهب[١].

وعلى قول القاضى: لا يضمن العصوف.

الرابعة: قال الشيخ تقى الدين: لو غرم بسبب كذب عليه، عند ولى الأمر: رجع على الكاذب.

قلت: وهو الصحيح. وتقدم ذلك وغيره فى باب الحجر.

الخامسة: لو كانت الدابة المحمولة عقورًا وجنت: ضمن جنايتها. ذكره ابن عقيل، وغيره. واقتصر عليه فى شرح الحارثى. كما لو حل سلسلة فهد، أو ساجور كلب: فعقر.

وإن أفسدت زرع إنسان فكإفساد دابة نفسه. على ما يأتى.

السادسة: لو وثبت هرة على الطائر بعد الفتح: ضمنه. وقد تضمنه كلام المصنف.

وكذا لو كسر الطائر فى خروجه قارورة: ضمنها.

قوله: ﴿أَوْحَلَّ وِكَاءَ زِقّ مَائِعٍ أَوْ جَامِدٍ، فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا، فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ، فَانْدَفَقَ: ضَمِنَهُ﴾.

إذا حل وكاء زق مائع فاندفق: بلا نزاع أعلمه.

وإن كان منتصبا فسقط بريح، أو زلزلة أو طائر: ضمن. على الصحيح من المذهب. وقدمه فى المغنى[٢]، والشرح[٣]، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والحارثى. ونصره.

وقال القاضى: لا يضمن ما ألقته الريح. وكذا قال أبو الخطاب، وغيره.

---

(١) ذكره فى المغنى (نقال: لأنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان) المغنى (٥/٤٥٠). الشرح (٥/٤٤٤) الكافى (٢/٢٣٠) المحرر (١/٣٦٣).

(٢) قال فى المغنى: – (لأنه تلف بسبب فعله ولان فعله سبب تلفه و لم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان) المغنى (٥/٤٥١).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٤٤٥).

وقال الحارثى: وعن القاضى، وابن عقيل: لا يضمن. وقدمه فى التلخيص .وإن ذاب بالشمس واندفق: ضمن .على الصحيح من المذهب .قال الحارثى : وافق على ذلك القاضى ، وصاحب التلخيص .وقدمه فى المغنى[١]، والكافى[٢]، وغيرهما.

وقال فى الفائق، قال القاضى: لا يضمن، فلعل له قولان.

وقال ابن عقيل: عندى لا فرق بين حر الشمس وهبوب الريح. فإما أن يسقط الضمان فى الموضعين، أو يجب فيهما. واختار أنه لاضمان هنا أيضًا.

وقال فى الفروع: وإن حل وعاء فيه دهن جامد، فذهب بريح ألقته، أو شمس: فوجهان.

قوله: ﴿وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ فَأَتْلَفَتْ﴾.

ضمن. شمل مسألتين.

إحداهما: أن يكون الطريق ضيقًا، فيضمن ما أتلفت. جزم به فى المغنى[٣]، والشرح[٤]، وشرح الحارثى، والفروع، والزركشى، وغيرهم. وقاله ابن عقيل، وابن البنا.

ولو كان ما أتلفته بنفح رجلها. نص عليه.

ومن ضربها فرفسته فمات: ضمنه. ذكره فى الفنون.

والمسألة الثانية: أن تكون الطريق واسعة. فظاهر ما قطع به المصنف هنا: أنه يضمن. قال الحارثى: وكذا أورده ابن أبى موسى، وأبو الخطاب، مطلقًا. ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله. انتهى.

قلت: وهو ظاهر ما جزم به فى المذهب، والخلاصة، لإطلاقهم الضمان. وقدمه فى القاعدة الثامنة والثمانين. وقال: هذا المنصوص. وذكر النصوص فى ذلك.

والرواية الثانية: لا يضمن إذا لم تكن فى يده. ذكرها القاضى فى المجرد. وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

---

(١) قدمه فى المغنى فقال:(يضمن لأنه تلف بسبب فعله) المغنى (٥/٤٥١).

(٢) قال فى الكافى فقال: (ضمنه لأنه تلف بسببه فضمنه كما لو دفعه) الكافى (٢/٢٣٠).

(٣) جزم به فى المغنى فقال: (يضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لأنه متعد بوقعتها فيه) المغنى (٣٥٩/١٠).

(٤) ذكره فى الشرح فقال: (لأنه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمنت فى إحدى الروايتين) الشرح (٥/٤٤٥).

وأطلقهما فى المستوعب، والمغنى[١]، والشرح[٢]، والفائق، والقواعد الأصولية، والزركشى.

وقال القاضى فى كتاب الروايتين، وغيره: وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: أنه لا يضمن إذا كان واقفًا لحاجة، والطريق واسع.

قال الحارثى: وهو الأقوى نظرًا.

فائدة: لو ترك طينًا فى طريق، فزلق فيه إنسان، أو خشبة، أو عمودًا، أو حجرًا، أو كيس دراهم. نص عليه، أو أسند خشبة إلى حائط، فتلف به شئ: ضمنه. جزم به فى الفروع، وغيره.

ويأتى فى أول كتاب الديات: إذا صب ماء فى طريق، أو بالت فيها دابة، أو رمى قشر بطيخ. فتلف به إنسان، فى كلام المصنف.

قوله: ﴿أَوِ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا، إلاَّ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ مَنْزِلَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ﴾.

إذا دخل بيته بإذنه فعقره، أو خرق ثوبه، أو فعل ذلك خارج البيت: ضمن. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب[٣].

قال الحارثى: يضمن بغير خلاف فى المذهب. إذا فعل ذلك خارج المنزل.

وقال: إذا دخل بإذنه: ينبغى تقييده بما إذا لم ينبهه على الكلب، وعلى كونه غير موثق. أما إن نبه: فلا ضمان.

قال فى الرعاية: إن عقر خارج الدار: ضمن، إن لم يكفه ربه، أو يحذر منه. انتهى.

وعنه: لا يضمن. اختاره الشريف أبو جعفر.

وإن دخل بيته بغير إذنه، ففعل ذلك به: لم يضمن. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب.

---

(١) ذكر فى الشرح (١٠/٣٥٨) كما فى المغنى.

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح فقال: (إذا أتلفت البهيمة شيئا فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبى ﷺ: (العجماء جرحها جبار) يعنى هدر فإن كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فإنه يضمن) الشرح (٥/٤٥٣). والمغنى (١٠/٣٥٨) والمحرر (٢/١٦٢).

(٣) ذكره فى الشرح على إحدى الروايتين فقال: (لأن اقتناءه الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابه فى طريق خنقا) الشرح (٥/٤٤٦). والمغنى (١٠/٣٥٨) والمحرر (٢/١٦٢).

وعنه: يضمن أيضًا. اختاره القاضي في الجامع.

ونقل حنبل: إذا كان الكلب موثقًا: لم يضمن ما عقر.

قوله:﴿وَقِيلَ: فِي الكَلْبِ العَقُورِ رِوَايَتَانِ فِي الْجُمَلَةِ﴾.

يعني: روايتين مطلقتين، سواء دخل بإذن أولا. وسواء كان في منزل صاحبه، أو خارجا عنه. ذكره الشارح.

قال الحارثي: أورد المصنف ـ في كتابيه ـ وابن أبي موسى، والقاضي في المجرد، وصاحب المحرر[1]: ذلك من غير خلاف في شيء من ذلك.

وحكى القاضي في الجامع الصغير في الضمان مطلقا من غير تقييد بإذن: روايتين. وهو ما حكى أبو الخطاب في كتابيه عن القاضي. وأورده المصنف هنا.

وجرى على حكاية هذا الخلاف جماعة من أئمة المذهب: الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، وأبو الحسن بن بكروس في كتبهم الخلافية.

واختلفوا. فمنهم من صحح الضمان، وهو القاضي في الجامع. ومنهم من عكس، وهو قول الشريف. والظاهر من كلام أبي الخطاب، وابن بكروس. وقال: وقول المصنف: «وقيل: في الكلب روايتان».

قال شيخنا ابن أبي عمر في شرحه: سواء كان في منزل صاحبه، أو خارجاً، وسواء دخل بإذن صاحب المنزل أولا.

قال: وليس كذلك. فإن كلام أبي الخطاب ـ الذي أخذ منه المصنف ذلك ـ إنما هو وارد في حالة الدخول. والإجمال فيه عائد على الإذن وعدمه.

وكذلك أورد السامري في كتابه. فقال: إن اقتنى في منزله كلبًا عقورًا، فعقر فيه إنسانًا، إن كان دخل بغير إذنه: فلا ضمان. وإن كان بإذنه: فعليه الضمان.

قال: وخرجها القاضي على روايتين: الضمان، وعدمه. فإن عقر خارج المنزل: ضمن ذكرها ابن أبي موسى. انتهى.

قال الحارثي: فخصص الخلاف بحالة العقر داخل المنزل دون خارجه. وهو الصحيح. انتهى. وهذا قطع به ابن منجا في شرحه.

---

(١) ذكره صاحب المحرر (١٦٢/٢).

فوائد

الأولى: إفساد الكلب بما عدا العقر - كبوله وولوغه فى إناء الغير - لا يوجب ضمانا. ذكره المصنف، وغيره. واقتصر عليه الحارثى.

وكذلك لا يضمن ما أتلفه غير العقور ليلاً ونهارًا. قاله المصنف. وغيره.

وهو ظاهر كلام الأصحاب، لتقييدهم الكلب بالعقور.

قال الحارثى: وكلام المصنف محمول على ما يباح اقتناؤه. وأما ما يحرم - كالكلب الأسود - فيجب الضمان به. لأنه فى معنى العقور فى منع الاقتناء واستحقاق القتل. وكذلك ماعدا الصيد والحرث والماشية. لأنه فى معنى ما تقدم. فيحصل العدوان بإمساكه. انتهى.

الثانية: لو اقتنى أسدًا أونمرًا أوذئبًا، ونحو ذلك من السباع المتوحشة: فكالكلب العقور فيما تقدم. لأنه فى معناه وأولى. لعدم المنفعة.

الثالثة: لو اقتنى هرة تأكل الطيور، وتقلب القدور فى العادة: فعليه ضمان ما تتلفه ليلاً ونهارًا، كالكلب. جزم به فى المغنى[1]، والشرح[2]، والفروع، والفائق وقالوا - إلا صاحب الفروع - قاله القاضى.

قال الحارثى: ذكره أصحابنا.

فإن لم يكن من عادتها ذلك: فلا ضمان. قاله الأصحاب.

ولو حصل عنده كلب عقور، أو سنور ضار من غير اقتناء واختيار، وأفسد: لم يضمن.

الرابعة: يجوز قتل الهر بأكل لحم ونحوه. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

وقال فى الفصول: له قتلها حين أكلها فقط. واقتصر عليه الحارثى. ونصره.

وقال فى الترغيب: له قتلها إذا لم تندفع إلا به، كالصائل.

قوله: ﴿وَإِنْ أَجَّجَ نَارًا فِي مِلْكِهِ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكِ غَيْرِهِ فَأَتْلَفَهُ: ضَمِنَهُ إِذَا كَانَ قَدْ أَسْرَفَ فِيهِ، أَوْ فَرَّطَ، وَإِلاَّ فَلاَ﴾.

---

(١) قال فى المغنى: (وإن اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كما يضمن ما أتلفه الكلب العقور) المغنى (٣٥٨/١٠).

(٢) ذكره أيضا فى الشرح. (٤٤٦/٥).

هذا المذهب(١)، وعليه الأصحاب.

قال فى الفروع، والمراد: لا بطريان ريح. ولهذا قال فى عيون المسائل: لو أججها على سطح دار. فهبت الريح، فأطارت الشرر: لم يضمن. لأنه فى ملكه ولم يفرط. وهبوب الريح ليس من فعله. بخلاف مالو أوقف دابته فى طريق فبالت، أو رمى فيها قشر بطيخ. لأنه فى غير ملكه. فهو مفرط.

قال فى الفروع: وظاهره لا يضمن فى الأولى مطلقًا. انتهى.

وقال فى الرعاية ـ بعد ذكر المسألة ـ قلت: وإن كان المكان مغصوبًا: ضمن مطلقًا، يعنى: سواء فرط وأسرف أولا. إن لم يكن للسطح سترة وبِقُرْبه زرع ونحوه، والريح هابة، أو أرسل فى الماء ما يغلب ويفيض: ضمن.

وقيل: من أجج نارًا فى ملك بيده له، أو لغيره بإيجار أو إعارة، وأسرف: ضمن، وإلا فلا. وإن منع من ذلك لأذى جاره: ضمن. وإن لم يسرف. انتهى.

فائدة: قال الحارثى قوله: «أسْرَفَ فيه أو فَرَّط» يغنى الاقتصار على لفظ «التفريط» لدخول «الإسراف» فيه. انتهى. قلت، الذى يظهر: أن الأمرليس كذلك و أن كل واحد منهما ينفك عن الآخر. لأن الإسراف مجاوزة الحد عمدًا وعدوانا وأما «التفريط» فهو التقصير فى المأمور.

ولذلك قال بعض المحققين: فرط أو أفرط.

قوله: ﴿وَإِنْ حَفَرَ فِي فِنَائِه بِئْرًا لِنَفْسِهِ: ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهَا﴾.

هذا المذهب(٢). بلا ريب. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وجوز بعض الأصحاب حفر بئر لنفسه فى فنائه بإذن الإمام. ذكره القاضى.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: نقلته من خطه فى مسألة حدثت فى زمنه.

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين: وفى الأحكام السلطانية: له التصرف فى فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ومن لم يسد بئره سدًا يمنع من الضرر: ضمن ما تلف بها.

---

(١) قال فى الشرح: - (إن كان بدون تعد وجرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد ولأنها سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية الفوت أما إذا كان بتفريط يضمن لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذى تعدى به) الشرح (٤٤٦/٥) والكافى (٢٣٠/٢). والمغنى (٤٥٣/٥).

(٢) ذكره فى الشرح (٤٤٧/٥) والمحرر (٣٦٣/١). والمغنى (٥٦٦/٩).

ويأتى ذلك أيضًا فى أول كتاب الديات.

فائدة: لو حفر الحر بئرًا بأجرة أولا، وثبت علمه أنها فى ملك غيره ـ نص عليه ـ ضمن الحافر. قاله القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم من الأصحاب. وقدمه فى الفروع. وقال: ونصه هما.

وقدمه الحارثى، وقال: هو مقتضى إيراد ابن أبى موسى ـ يعنى: أنهما ضامنان ـ وإن جهل ضمن الآمر وقيل : الحافز. ويرجع على الآمر .

قوله: ﴿وَإنْ حَفَرَهَا فِى سَابِلَةِ لَنِفعْ المسْلِمِينَ: لَمْ يَضْمَنْ فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتْيِنَ﴾.

يعنى: إذا لم يكن فيه ضرر. وهذا المذهب[1] بهذا الشرط.

قال فى الوجيز، وغيره: إن كانت السابلة واسعة. وهو قيد حسن، كما يأتى. جزم به ابن أبى موسى، والقاضى فى الجامع الصغير، وأبو الفرج الشيرازى، وغيرهم.

قال فى الهداية، والمذهب، الخلاصة: لم يضمن فى أصح الروايتين. وصححه المصنف، والشارح أيضًا، والناظم. وقدمه فى الفروع، والفائق، والرعايتين والحاوى الصغير، والمحرر[٢].

وعنه: يضمن. ولم يذكر القاضى غير هذه الرواية.

قال الحارثى: وهذا له قوة. وإن كان المصنف وأبو الخطاب صححا غيره.

وعنه: لا يضمن إن كان بإذن الإمام، وإلا ضمن.

قال المصنف، والشارح: قال بعض أصحابنا: لا يضمن إذا كان بإذن الإمام.

قال الحارثى: وهذه طريقة القاضى فى المجرد، وكتاب الروايتين، وابن عقيل والسامرى، وصاحب التلخيص، وغيرهم. انتهى.

وهى طريقة صاحب المحرر[٣] أيضًا.

وقال بعض الأصحاب: ينبغى أن يتقيد سقوط الضمان عنه فيما إذا حفرها فى موضع مائل عن القارعة، بشرط أن يجعل عليه حاجزًا يعلم به، ليُتوقّى.

---

(١) قال فى الشرح: (مثل أن يحفرها لنزول المطر أو ليشرب منه المارة فلا يضمن لأنه محسن يفعله غير متعد وقال أصحابنا: إذا كان بإذن الإمام وإن كان بغير إذن الإمام يضمن فى إحدى الروايتين. وذكرها) الشرح (٥/٤٤٨) والمحرر (١/٣٦٣) والمغنى (٩/٥٦٧).

(٢) ذكره فى المحرز فقال: (ومن حفر بئرًا فى سابلة لنفع المسلمين لم يضمن ما تلف فيها. وعنه إذا لم يكن ذلك بإذن الإمام ضمن) المحرر (١/٣٦٣.

(٣) هى طريقة صاحب المحرر لأنه قال: (إذ لم يكن ذلك بإذن الإمام ضمن) المحرر (١/٣٦٣).

تنبيهان

أحدهما: محل الخلاف: إذا كانت السابلة واسعة. فإن كانت ضيقة: ضمن بلا نزاع.

قال الحارثى: لو حفر فى سابلة ضيقة: وجب الضمان. لأنه لا يختلف المذهب فيه. وليس بداخل فيما أورده المصنف من الخلاف. وإن كان ظاهر الإيراد يشمله

ومحل الخلاف أيضًا: إذا حفر فى غير مكان يضر بالمارة.

فأما إن حفر فى طريق واسع فى مكان منه يضر بالمارة: فهو كما لو كان الطريق نفسه ضيقًا.

ولا فرق بين كونه لمصلحة عامة، أو خاصة، بإذن الإمام أو غيره.

الثانى: مفهوم قوله: «لنفع المسلمين» أنه لو حفر لنفع نفسه: أنه يضمن. وهو كذلك، أذن فيه الإمام أو لم يأذن.

فائدتان

إحداهما: لو حفرها فى موات للتملك، أو الارتفاق بها، أو الانتفاع العام. فلا ضمان عليه. وقطع به الحارثى، والمصنف، والشارح، وغيرهم. ذكراه فى كتاب الديات.

الثانية: حكم مالو بنى فيها مسجدًا أو غيره لنفع المسلمين ـ كالخان ونحوه ـ نقل إسماعيل بن سعيد فى المسجد: لا بأس به إذا لم يضر بالطريق.

ونقل عبدالله أكره الصلاة فيه. إلا أن يكون بإذن إمام

ونقل المروذى: حكم هذه المساجد التى بنيت فى الطريق: تهدم.

وسأله محمد بن يحيى الكحال: يزيد فى المسجد من الطريق؟ قال: لا يصلى فيه.

ونقل حنبل: أنه سئل عن المساجد على الأنهار؟ قال: أخشى أن يكون من الطريق.

وسأله ابن إبراهيم عن ساباط فوقه مسجد، أيصلى فيه؟ قال: لا يصلى فيه إذا كان من الطريق.

قال فى القواعد: الأكثر من الأصحاب قالوا: إن كان بإذن الإمام جاز. وإلا فروايتان، ما لم يضر بالمارة.

ومنهم من أطلق الروايتين.

قال المصنف، والشارح: ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر، لدعوى الحاجة إلى الحفر لنفع الطريق وإصلاحها، وإزالة الطين والماء منها. فهو كتنقيتها، وحفر هدفه فيها، وقلع حجر يضر بالمارة، ووضع الحصا فى حفرة ليملأها، وتسقيف ساقية فيها، ووضع حجر فى طين فيها ليطأ الناس عليه. فهذا كله مباح. لايضمن ما تلف به. لا نعلم فيه خلافًا.

قالا: وكذلك ينبغى أن يكون بناء القناطر. ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها. لأنه مصلحته لا تعم. انتهى كلامهما.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله: حكم ما بنى وقفا على المسجد فى هذه الأمكنة: حكم بناء المسجد.

فائدتان

إحداهما: لو فعل العبد ذلك بأمر سيده: كان كفعل نفسه، أعتقه أولا؟. قاله المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم من الأصحاب.

وقال الحارثى: إن كان ممن يجهل الحال: فلا إشكال فيما أطلق الأصحاب.

وإن كان ممن يعلمه: ففيه ما فى مسألة القتل بأمر السيد، إن علم الحرمة. وفيها روايتان.

إحداهما: القود على السيد فقط، والأخرى: على العبد.

فيتعلق الضمان هنا برقبته. كما لو لم يأمر السيد.

وإن حفر بغير أمر السيد: تعلق الضمان برقبته.

ثم إن أعتقه. فما تلف بعد عتقه: فعليه ضمانه. قاله المصنف، والشارح، وغيرهما.

قال الحارثى: وهو الأصح.

وقال صاحب التلخيص وغيره: الضمان على المعتق بقدر قيمة العبد، فما دونه.

الثانية: لو أمره السلطان بفعل ذلك: ضمن السلطان وحده.

قوله: ﴿وَإِنْ بَسَطَ فِى مَسْجِدٍ حَصِيرًا، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قِنْدِيلاً : لَمْ يَضْمَنْ مَا تَلِفَ بِهِ﴾.

هذا المذهب(١). وعليه جماهير الأصحاب.

قال فى الفروع: اختاره الأكثر.

قال الحارثى: هذا ما حكى المصنف، والقاضى فى الجامع الصغير، وأبـو الخطـاب، والشريفان ـ أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدى ـ والسامرى ـ فى آخرين ـ عن المذهـب. انتهى.

وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفائق، وغيره.

وقيل: يضمن. قدمه فى الفروع. وهو تخريج لأبى الخطـاب فـى الهدايـة مـن التـى قبلها. وهى حفر البئر. وكذلك خرجه أبو الحسن بن بكروس.

قال الحارثى: لايصح. لأن الحفر عدوان لإبطال حق المرور. كذلك ما نحن فيه.

وذكر القاضى فى المجرد، وكتاب الروايتين: إن أذن الإمام: فلا ضمان. وإلا فعلـى وجهين. بناء على البئر.

وتبعه على ذلك ابن عقيل فى الفصول، مع أنهما قالا: قال أصحابنا ـ فـى بـوارى المسجد ـ لاضمان على فاعله. وجهًا واحدًا. بإذن الإمام أو غـير إذنـه. لأن هـذا مـن تمام مصلحته.

فائدة: لونصب فيه بابًا، أو عمدًا، أو سقفه، أو جعل فيه رفًّا لينتفـع بـه النـاس، أو بنى جدارًا، أو أوقد مصباحًا: فلا ضمان عليه.

قال أصحابنا ـ فى بوارى المسجد: لا ضمان على فاعله وجهًا واحدًا. سواء كـان بإذن الإمام أو بغير إذنه.

قوله: ﴿وَإِنْ جَلَسَ فِي مَسْجِدٍ، أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ، لَمْ يَضْمَـنْ فِـي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾. وهو المذهب(٢).

قال فى الفروع: والأصح: لا يضمن.

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (لأن هذا فعل أحسن به و لم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف بـه كمـا لـو أذن فيـه الإمام والجيران ولأنه فعل ما ينتفع به المسلمون غالبا فلم يضمن كمن مهد الطريق ولأن هذا مأذون فيه عرفاً لأن العادة جارية بالتبرع بـه مـن غـير أستئذان فلـم يضمـن فاعلـه كالمـأذون فيـه نطقـاً) الشـرح (٥/٤٤٩).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (لأنه جلس فى مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد وفى الوجـه الآخـر يضمن لان الطريق إنما جعلت للمرور فيها لا للجلوس والمسجد للصلاة وذكر الله تعـالى. والأول أولى لأنه فعل فعلاً مباحاً) الشرح (٥/٤٤٩).

قال الشارح: وهو أولى.

قال فى الفائق ـ فيما إذا جلس فى طريق واسع: لم يضمن فى أصح الوجهين. وصححه فى النظم. وجزم به فى الوجيز.

والوجه الثانى: يضمن. وقدمه فى الرعايتين. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته فى الجالس فى الطريق. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والحاوى الصغير، وشرح ابن منجا.

تنبيه: قال الحارثى: أورد المصنف الوجهين فى المتن، أخذًا من إيراد أبى الخطاب. قال: ولم أرهما لأحد قبله.

وأصل ذلك ـ والله أعلم ـ مامر من الروايتين فى ربط الدابة فى الطريق.

ومحله: مالم يكن الجلوس مباحًا، كالجلوس فى المسجد مع الجنابة والحيض، أو للبيع والشراء، ونحو ذلك.

أما ما هو مطلوب ـ كالاعتكاف، وانتظار الصلاة، والجلوس لتعليم القرآن والسنة ـ فلا يتأتى الخلاف فيه بوجه.

وكذا ما هو مباح من الجلوس فيه، وفى جوانب الطرق الواسعة ـ كبيع مأكول ونحوه ـ لامتناع الخلاف فيه. لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص. فهو كالجلوس فى ملكه، من غير فرق.

وقد حكى القاضى الجزم بنفى الضمان فى المسألة فى الطريق الواسع.

وهذا التقييد حكاه بعض شيوخنا فى كتبه عن بعض الأصحاب. ولابد منه.

لكنه يقتضى اختصاص الخلاف بالمسجد دون الطريق. لأن الجلوس بالطريق الواسعة: إما مباح ـ كما ذكرنا ـ فلاضمان بحال. وإما غير مباح ـ كالجلوس وسط الجادة ـ فالضمان واجب ولابد. انتهى كلام الحارثى.

فائدة: حكم الاضطجاع فى المسجد، والطريق الواسعة: حكم الجلوس فيهما على ما تقدم.

وأما القيام: فلا ضمان به بحال. لأنه من مرافق الطرق، كالمرور.

تنبيه: مفهوم كلامه: أنه لو جلس فى طريق ضيقة: أنه يضمن. وهو كذلك.

ويأتى فى كلام المصنف، فى أول كتاب الديات، فى مسألة الاصطدام.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا، أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ﴾.

قال في الرعاية: نافذا أو غير نافذ ـــ يعنى بغير إذن أهله: ﴿فَسَقَطَ عَلَى شَيء فَأَتْلَفَهُ: ضَمِنَ﴾.

وهذا قاله أكثر الأصحاب(١).

وتقدم الكلام في ذلك محررًا في باب الصلح. عند قوله: «ولا أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا».

قال في الفروع: ولو بعد بيع وقد طولب بنقضه لحصوله بفعله. انتهى.

وقاله القاضي، وغيره.

وقال في الرعاية ـ بعد أن ذكر الأول: ولا يضمن بما تلف بما يباح، من جناح وساباط وميزاب.

فعلم من ذلك: أن مراد المصنف ـ وغيره ممن أطلق: إذا كان ذلك لايباح فعله و قد صرح بذلك المصنف، والشارح في إخراج الجناح في غير الدرب النافذ بإذن أهله: أنه لا يضمن.

قال الحارثي: ومبنى هذا الأصل: أن الإخراج هل يباح أم لا؟.

قوله: ﴿وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ، فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَى أَتْلَفَ شَيْئًا: لَمْ يَضْمَنْهُ﴾.

نص عليه. وهو المذهب.

قال الحارثي في شرحه: والذى عليه متأخرو الأصحاب ـ القاضي ومن بعده ـــ أن الأصح من المذهب: عدم الضمان.

قال: وأصل ذلك قول القاضي في المجرد: المنصوص عنه في رواية ابن منصور: لاضمان عليه. سواء طولب نقضه أو لم يطالب. انتهى.

وجزم به في الوجيز، والمنور. وصححه الناظم. وقدمه في المحرر، والمغنى(٢)، والشرح(٣)، والفروع، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

وأومأ في موضع: أنه إن تقدم إليه بنقضه، وأشهد عليه فلم يفعل: ضمن.

---

(١) قال في الشرح: (لأنه تلف بما أخرجه إلى هواء الطريق فضمنته كما لو بنى حائطا مائلا إلى الطريق) الشرح (٤٥٠/٥) والمغنى (٥٧١/٩).

(٢) قال في المغنى: (لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه و لم يتجاوزه فلا ضمان عليه. المغنى (٥٧٢/٩).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغنى الشرح (٤٥٠/٥).

وهذا الإيماء ذكره ابن بختان، وابن هانئ. ونص على ذلك فى رواية إسحاق ابن منصور. ذكره أبو بكر فى زاد المسافر.

قال الحارثى: وهذه الرواية هى المذهب. و لم يورد ابن أبى موسى سواها.

وكذلك قال فى رءوس المسائل. وهو من كتبه القديمه.

وذكر أبو الخطاب، والقاضى أبو الحسين، وابن بكروس، وغيرهم: أنه اختيار طائفة من الأصحاب.

قال فى الفروع: وعنه إن طالبه مستحق ينقضه، فأبى ـ مع إمكانه ـ ضمنه. اختاره جماعة. وقدمه فى النظم.

قال المصنف[1]، والشارح: وأما إن طولب بنقضه، فلم يفعل: فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله عن الجواب فيها.

وقال أصحابنا: يضمن. وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله. والتفريع عليه. وأطلقهما فى الرعاية الكبرى.

وقيل: يضمن مطلقا.

وخرجه أبو الخطاب، والمجد، وجهًا.

قال الشارح: ذكر بعض أصحابنا وجهًا بالضمان. انتهى.

وهذا اختاره ابن عقيل.

قال الحارثى: وهو الأقوى.

وتقدم التنبيه على بعض ذلك فى أواخر باب الصلح.

تنبيه: محل الخلاف: إذا علم بميلانه، على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

و لم يذكر فى الترغيب العلم بميلانه. وهو ظاهر كلام المصنف هنا وجماعة.

فوائد

إحداها: كيفية الإشهاد«اشهدوا أنى طالبته بنقضه، أو تقدمت إليه بنقضه» ذكره ابن عقيل. وذكر القاضى بعضه. وكذلك كل لفظ أدى إليه.

ثم الميل إلى السابلة يستقل بها الإمام، ومن قام مقامه. وكذا الواحد من الرعية، مسلما كان أو ذميًا.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه فانظره. المغنى (٩/٥٧٢). وكذلك فى الشرح (٥/٤٥١).

وإن كان إلى درب مشترك: فكذلك يستقل به الواحد من أهله. ذكره القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم.

إن كان إلى دارمالك معين: استقل به.

وإن كان ساكنها الغير: فكالمالك.

وإن كان الساكن جماعة: استقل به أحدهم.

وإن كان غاصبًا: لم يملكه، وما تلف له: فغير مضمون.

الثانية: لو سقط الجدار من غير ميلان: لم يضمن ما تولد منه(١)، بلا خلاف وإن بناه مائلا إلى ملك الغير بإذنه، أو إلى ملك نفسه، أو مال إليه بعد البناء: لم يضمن.

وإن بناه مائلاِ إلى الطريق، أو إلى ملك الغير بغير إذنه(٢): ضمن.

قال المصنف: لا أعلم فيه خلافا.

ومسألة المصنف: بناه مستويًا ثم مال.

الثالثة: لا أثر لمطالبة مستأجر الدار، ومستعيرها، ومستودعها، ومرتهنها. ولاضمان عليهم.

فلو طولب المالك فى هذه الحال، فإن لم يمكنه استرجاعها، أو نقض الحائط: فلا ضمان. وإن أمكنه ـ كالمعير، والمودع، والراهن إذا أمكنه فكان الرهن ـ و لم يفعل: ضمن. ذكره القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم.

وإن كان حجر على المالك ـ لسفه، أو صغر، أو جنون ـ فطولب: لم يضمن.

وإن طولب وليه، أو وصيه، فلم ينقضه: ضمن المالك. قاله القاضى فى المجرد، والمصنف فى المغنى(٣)، والشارح، والحارثى، وغيرهم.

قال فى الفروع: ولا يضمن ولى فرط. بل موليه. ذكره فى المنتخب. ويتوجه عكسه.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وكذلك إن بناه مائلا إلى ملك الغير بإذنه أو إلى ملك نفسه أو مال إليه بعد البناء لم يضمن) المغنى (٥٧١/٩) والشرح (٤٥٠/٥).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (لتعديه فإنه ليس له البناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه أشبه مالو نصب فيه يصير به) الشرح (٤٥٢/٥) والمغنى (٥٧١/٩)

(٣) ذكره بنصه وتمامه فى المغنى (فقال فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل) المغنى (٥٧٣/٩).

وكأنه لم يطلع على كلام المصنف، والشارح، والحارثى.

وقال ابن عقيل: الضمان على المولى.

قال الحارثى: وهو الحق. لوجود التفريط. وهو التوجيه الذى ذكره فى الفروع.

الرابعة: لو كان الميلان إلى ملك مالك معين ــ إما واحد أو جماعة ــ فأمهله المالك، أو أبرأه: جاز. ولا ضمان.

وإن أمهله ساكن الملك، أو أبرأه: فكذلك. ذكره القاضى، والمصنف، والشارح. وقدمه الحارثى.

وقال ابن عقيل: لا يسقط، ولا يتأجل، إلا أن يجتمعا. أعنى: الساكن والمالك.

قال الحارثى: والذى قاله: «أنه لا يبرأ بالنسبه إلى المبرىء» فليس كما قال. لأن من ملك حقًا ملك إسقاطه. وإن كان بالنسبة إلى من لم يبرأ، فنعم. وذلك على سبيل التفصيل لايقبل خلافا.

وإن كان الميلان إلى درب لا ينفذ، أو إلى سابلة. فأبرأه البعض. أو أمهله: برئ بالنسبة إلى المبرئ، أو الممهل.

الخامسة: لو كان الملك مشتركًا، فطولب أحدهم بنقضه. فقال المصنف(١)، والشارح: احتمل وجهين. وأطلقهما فى الفروع.

إحداهما: لايلزمه شئ.

والثانى: يلزمه بحصته. وهو ظاهر ما جزم به الناظم.

السادسة: لو باع الجدار مائلا بعد التقدم(٢) إليه. فقال القاضى فى المجرد، والمصنف، والشارح، والسامرى فى فروقه: لا ضمان عليه. لزوال التمكن من الهدم حالة السقوط.

قال المصنف: ولا على المشترى(٣). لانتفاء التقدم إليه.

وكذا الحكم لو وهبه وأقبضه.

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى (فقال: احتمل وجهين. أحدهما: لا يلزمه شىء يخصه لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطا)، المغنى (٥٧٣/٩) والشرح (٤٥٢/٥).

(٢) ذكره صاحب الشرح فقال: «وإذا تقدم إلى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلا فسقط على شىء فتلف به فلا ضمان على بائعه لأنه ليس بملكه) الشرح (٤٥٢/٥) والمغنى (٥٧٤/٩).

(٣) ذكر عدم الضمان على المشترى صاحب المغنى فقال: (ولا على المشترى لأنه لم يطالب بنقضه) المغنى (٥٧٤/٩) والشرح (٤٥٣/٥).

وإن قلنا بلزوم الهبة: زال الضمان عنه بمجرد العقد. انتهى.

وقال ابن عقيل فى الفصول: إن باعه فرارًا: لم يسقط الضمان. لأن الميل لايسقط الحقوق بعد وجوبها. انتهى.

قال الحارثى: والأولى ـ إن شاء الله ـ وجوب الضمان عليه مطلقا.

وقال ابن عقيل ـ بعد كلامه المتقدم ـ وكذا لو باع فَخًا أو شبكة منصوبين فوقع فيهما صيد فى الحرم، أو مملوك للغير: لم يسقط عنه ضمانه.

قال ابن رجب: والظاهر أن القاضى لا يخالف فى هذه الصورة. قاله فى القاعدة الرابعة والعشرين.

وقال فى القاعدة التاسعة والثمانين: وهل يجب الضمان على من انتقل الملك إليه إذا استدامه، أم لا؟ الأظهر: وجوبه عليه، كمن اشترى حائطا مائلا. فإنه يقوم مقام البائع فيه. فإذا طولب بإزالته، فلم يفعل: ضمن على رواية. انتهى.

السابعة: إذا تشقق الحائط طولا: لم يوجب نقضه. وحكمه حكم الصحيح.

وإن تشقق عرضًا: فحكمه حكم المائل على ما تقدم. قاله المصنف، والشارح، والحارثى، وصاحب الفروع، والفائق، وغيرهم.

قوله: ﴿وَمَا أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ فَلاَ ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا﴾.

وهذا المذهب بشرطه الآتى. وعليه الأصحاب. وجزم به فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفائق، وغيرهم من الأصحاب. وسواء كان التالف صيد حرم أو غيره.

قال فى الفروع: أطلقه الأصحاب.

قال: ويتوجه إلا الضارية. ولعله مرادهم.

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن أمر رجلا بإمساكها: ضمنه، إن لم يعلمه بها.

وقال فى الفصول: من أطلق كلبا عقورًا، أو دابة رَفوسًا، أو عَضوضًا على الناس، وخلاه فى طريقهم ومصاطبهم ورحابهم، فأتلف مالا، أو نفسًا: ضمن لتفريطه. وكذا إن كان له طائر جارح ـ كالصقر والبازى ـ فأفسد طيور الناس وحيواناتهم. انتهى.

---

(١) ذكره فى المغنى بشرطه فقال: (وإن أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلا كان أو نهارا مالم تكن يده عليها لقوله ﷺ: (العجماء جرحها جبار) ومتفق عليه أى هدر المغنى (٣٥٧/١٠).

(٢) ذكره أيضا فى الشرح كما فى المغنى. الشرح (٤٥٣/٥).

قلت: وهو الصواب.

فائدة: قال فى الانتصار: البهيمة الصائلة: يلزم مالكها وغيره إتلافها.

وكذا قال فى عيون المسائل: إذا عرفت البهيمة بالصول: يجب على مالكها قتلها. وعلى الإمام وغيره: إذا صالت على وجه المعروف، ومن وجب قتله على وجه المعروف: لم يُضمن، كمرتد.

وتقدم إذا كانت البهيمة مغصوبة وأتلفت، عند قوله: «وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته».

قوله: ﴿إلاَّ أنْ تَكُونَ فِي يَدِ إنْسَانٍ، كَالرَّاكِبِ، وَالسَّائِقِ، وَالقَائِدِ﴾.

يعنى: إذا كان قادرا على التصرف فيها. فيضمن ما جنت يدها أو فمها. دون ما جنت رجلها. وهذا المذهب.

قال الحارثى: هذا الصحيح من المذهب. جزم به ف الهداية، وخلافه الصغير، والشريف أبو جعفر، وابن عقيل فى التذكرة، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح الحارثى، والفروع، والفائق، وغيرهم. وعليه جماهير الأصحاب.

وعنه: يضمن السائق جناية رجلها.

قال القاضى، وابن عقيل: وهى أصح. لتمكن السائق من مراعاة الرجل، بخلاف الراكب والقائد.

وعنه: يضمن ما جنت برجلها، سواء كان سائقًا أو قائدًا أو راكبًا. ذكرها فى المغنى[٣]، وغيره.

قال الحارثى: وأورد فى المغنى هذا الخلاف مطلقا فى القائد والسائق والراكب. والصواب: ما حكاه فى الكافى[٤] وغيره من التقييد بالسائق. فإنه مأخوذ من

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (لقوله ﷺ: «العجماء جرحها جبار» وروى أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «تحصص الرجل يكون جبارا» دليل على وجوب الضمان فى جناية غيرها ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لايد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها) المغنى (٣٥٨/١٠).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٥٣/٥).

(٣) انظر المغنى (٣٥٨/١٠).

(٤) لم يقيد فعلا صاحب الكافى بالسائق حيث قال: «وما اتلفت بالنهار لم يضمنه إلا أن تكون يده عليها» لما روى عن الزهرى عن حرام بن سعد بن محيطه أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فيه فقضى رسول الله ﷺ على: ما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم) الكافى (١١٥/٤).

القاضي. والقاضي إنما ذكره في السائق فقط. انتهى.

قلت: هذا غير مؤثر فيما أورده المصنف من الإطلاق. لأن جماعة من الأصحاب حكوا الروايات الثلاث. والناقل مقدم على النافي.

وقال في المحرر[١]: يضمن إذا كان معها راكب أو قائد أو سائق ما جنت بيدها وفمها ووطء رجلها، دون نفحها ابتداء. انتهى.

واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

وقال ابن البنا: إن نفحت برجلها ــ وهو يسير عليها ــ فلا ضمان. وإن كان سائقا: ضمن ما جنت برجلها.

فوائد

منها: لو كبحها باللجام زيادة على المعتاد، أو ضربها في الوجه: ضمن ما جنت رجلها أيضًا، ولو لمصلحة.

قال الحارثي: لا يختلف الأصحاب في وجوب الضمان وطئًا ونفحا.

وظاهر نقل ابن هانئ في الوطء: لايضمن.

ونقل أبو طالب: لا يضمن ما أصابت برجلها، أو نفحت بها. لأنه لا يقدر على حبسها. وهو ظاهر كلام جماعة. قاله في الفروع.

ومنها: لا يضمن ما جنت بذنبها. على الصحيح من المذهب. كرجلها.

قال في الفروع: ولا ضمان بذنبها في الأصح. جزم به في الترغيب وغيره. وجزم به أيضًا في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. مع ذكرهم الخلاف في الرجل. وقيل: يضمن.

قال الحارثي: والذنب كالرجل، يجري فيه الخلاف في السائق. ولايضمن به الراكب والقائد، كما لا يضمن بالرجل وجها واحدا. كذا أورده في الكافي. انتهى.

ومنها: لو كان السبب من غير السائق والقائد والراكب، مثل إن نخسها أو نفّرها غيره: فالضمان على من فعل ذلك. جزم به في المغني[٢]، والشرح[٣]، وشرح الحارثي، والفروع، وغيرهم.

---

(١) ذكره في المحرر بنصه وتمامه هكذا فيه - انظر المحرر (١٦٢/٢).

(٢) ذكره في المغني فقال: (فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لأن ذلك هو السبب في جنايتها) المغني (٣٥٩/١٠).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٤٥٤/٥).

ومنها: لو جنى ولد الدابة: ضمن. على الصحيح من المذهب. نص عليه. واختاره ابن أبى موسى، والسامرى، وقطعا به. وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى.

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: يضمن إن فرط، نحو أن يعرفه شَموسا، وإلا فلا.

وقيل: لايضمن مطلقًا. واختاره المصنف، والشارح. وقدمه فى الفائق.

ومنها: لو كان الراكب اثنان: فالضمان على الأول، إلا أن يكون صغيّرا أو مريضًا ونحوهما، وكان الثانى متوليًا تدبيرها. فيكون الضمان عليه.

قال الحارثى: وإن اشتركا فى التصرف اشتركا فى الضمان.

وإن كان مع الدابة سائق وقائد: فالضمان عليهما. على المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: وعن بعض المالكية: الضمان على القائد وحده.

قال: وهذا قول حسن.

وإن كان معهما، أو مع أحدهما راكب: اشتركوا فى الضمان على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع.

وفيه وجه آخر: الضمان على الراكب فقط. وأطلقهما فى المغنى[1]، والشرح[2]، وشرح الحارثى، والفائق.

وقيل: يضمن القائد فقط. وهو احتمال فى المغنى[3].

ومنها: الإبل والبغال المقطرة كالبهيمة الواحدة. علىقائدها الضمان. وإن كان معه سائق شاركه فى ضمان الأخير منها، دون ما قبله. هذا إذا كان فى آخرها. فإن كان فى أولها: شارك فى الكل. وإن كان فيما عدا الأول: شارك فى ضمان ما باشر سَوقه. دون ما قبله. وشارك فيما بعده.

وإن انفرد راكب بالقطار، وكان على أوله: ضمن جناية الجميع. قاله الحارثى.

قال المصنف فى المغنى[4]، ومن تبعه: المقطور على الجمل المركوب: يضمن جنايته لأنه فى حكم القائد له.

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال: (وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب ففيه وجهان: - (أحدهما الضمان عليهم جميعا لذلك والثانى: - على الراكب لأنه أقوى يدا وتصرفا) المغنى (٣٥٩/١٠).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٥٤/٥).

(٣) ذكر الإحتمال صاحب المغنى فقال: (ويحتمل إن يكون على القائد لأنه لا حكم للراكب مع القائد) المغنى (٣٥٩/١٠).

(٤) ذكره هكذا فى المغنى بنصه وتمامه انظر المغنى (٣٥٩/١٠).

فأما المقطور على الجمل الثاني: فينبغي أن لا يضمن جنايته. لأن الراكب الأول لا يمكنه حفظه عن الجناية. انتهى.

قال الحارثي: وليس بالقوى. فإن ما بعد الراكب إنما يسير بسيره، ويطأ بوطئه. فأمكن حفظه عن الجناية. فضمن، كالمقطور على ما تحته. انتهى.

ومنها: لو انفلتت الدابة ممن هى فى يده، وأفسدت: فلا ضمان. نص عليه فلو استقبلها إنسان فردها. فقياس قول الأصحاب: الضمان. قاله الحارثى.

ومنها: لا فرق فى الراكب والسائق والقائد بين المالك، والأجير، والمستأجر، والمستعير، والموصى إليه بالمنفعة. وعموم نصوص الإمام أحمد رحمه الله تقتضيه.

قوله: ﴿وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلاً﴾. يعنى ﴿يَضْمَنُه رَبُّهَا﴾.

وهذا بلا نزاع. لكن ظاهر كلام المصنف: الضمان، سواء انفلتت باختياره، أو بغير اختياره. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. نقلها جماعة، منهم ابن منصور، وابن هانئ. وقطع به المصنف.

قال ابن منجا فى شرحه: صرح به المصنف فى المغنى[1]، وغيره من الأصحاب.انتهى.وقدمه فى الفائق.

قال الزركشى: كذا قال جماعة من الأصحاب. منهم القاضى فى الجامع الصغير، والشريف، وأبو الخطاب فى خلافيهما، والشيرازى، وابن البنا، وابن عقيل فى التذكرة، وغيرهم. انتهى.

والصحيح من المذهب: أنه لا يضمن إذا لم يفرط. قدمه فى المحرر[2]، والفروع. وقال: جزم به جماعة.

قال ابن منجا: وكلامه هنا مشعر به. لأنه عطفه على ضمان ما جنت يدها أو فمها، بعد اشتراط كونها فى يد إنسان موصوف بما ذكر. انتهى.

قال الحارثى: إنما يضمن إذا فرط. أما إذا لم يفرط: فإنه لا يضمن. قاله القاضيان ـ أبو يعلى، وابنه الحسين ـ وابن عقيل، والقاضى يعقوب، والسامرى، والمصنف فى الكافى، وغيرهم.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: لما روى أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم) المغنى (٣٥٦/١٠).

(٢) ذكره فى المحرر (١٦٢/٢).

قال فى الفائق: ولو كسرت الباب أو فتحته: فهدر. ولو فتحه آدمى: ضمن.

تنبيه: قوله: «وما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً يضمنه ربها» خصص الضمان بالأمرين. وهكذا قال فى الشرح[١]، والنظم، وجماعة.

قال فى الفروع: جزم به المصنف ولعله. أراد فى هذا الكتاب.

وذكره أيضًا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

وجزم فى المغنى[٢]، والوجيز: أنه لايضمن سوى الزرع.

فقال فى المغنى[٣]: إن أتلفت غير الزرع: لم يضمن مالكها، نهارا كان إتلافها أو ليلا.

قال الحارثى، وابن منجا: و لم أجده لأحد غيره. انتهيا.

قلت: هو ظاهر كلام الخرقى. لاقتصاره عليه.

والصحيح من المذهب: أنه يضمن جميع ما أتلفته مطلقًا.

قال الحارثى: وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال. بل منهم من صرح بالتسوية بين الزرع وغيره. منهم القاضى فى المجرد، والسامرى فى المستوعب.

قال ابن منجا فى شرحه: خص المصنف الحكم بالزرع والشجر. وليس كذلك عند الأصحاب. انتهى.

وقدمه فى الفروع. وقال: نص عليه. وجزم به جماعة. انتهى.

وقدمه فى الفائق أيضًا.

وقال فى الواضح: يضمن ما أتلفت ليلا من سائر المال، بحيث لا ينسب واضعه إلى تفريط.

فائدة: لو ادعى صاحب الزرع: أن غنم فلان نفشت ليلا، ووجد فى الزرع أثر غنم: قضى بالضمان على صاحب الغنم نص عليه فى رواية ابن منصور.

وجعل الشيخ تقى الدين هذا من القيافة فى الأموال. وجعلها معتبرة كالقيافة فى الأنساب. قاله فى القاعدة الثالثة عشر. ويتخرج وجه: لا يكتفى بذلك.

---

(١) ذكره فى الشرح (٤٥٤/٥).

(٢) جزم به فى المغنى فقال: (وأما غير الزرع فلا يضمن لأن البهيمة لا تتلف ذلك عادة فلا يحتاج إلى حفظها بخلاف الزرع) المغنى (٣٥٧/١٠).

(٣) انظر المغنى (٣٥٧/١٠).

قلت: ومحل الخلاف إذا لم يكن هناك غنم لغيره.

قوله: ﴿وَلاَ يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ ذَلِكَ نَهَارًا﴾.

ظاهره: سواء أرسلها بقرب ما تفسده عادة أولا. وهو أحد القولين. وهو ظاهر كلامه فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، وجماعة. وقدمه فى الفروع.

قال الحارثى: وهو الحق. وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب. وصرح به المصنف فى المغنى(١).

وقال القاضى، وجماعة من الأصحاب: لا يضمن إلا أن يرسلها بقرب ما تتلفه عادة، فيضمن.

وذكره الحارثى، وغيره رواية. وجزم به فى المحرر(٢)، والنظم، والوجيز، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، والزركشى.

قلت: وهو الصواب.

وقاله القاضى فى موضع. نقله الزركشى.

فوائد

الأولى: قال الحارثى: لو جرت عادة بعض النواحى بربطها نهارًا وبإرسالها وحفظ الزرع ليلاً: فالحكم كذلك. لأن هذا نادر. فلا يعتبر به فى التخصيص.

الثانية: إرسال الغاصب ونحوه: موجب للضمان، نهارًا كان أو ليلاً. وإرسال المودع: كإرسال المالك فى انتفاء الضمان. قاله الحارثى أيضًا. والمستعير، والمستأجر كذلك.

ولو استأجر أجيرًا لحفظ دوابه، فأرسلها نهارًا فكذلك. اللهم إلا أن يشترط الكف عن الزرع، فيضمن. فهو كاشتراط المالك على المودع ضبطها نهارًا.

الثالثة: لو طرد دابة من مزرعته: لم يضمن ما جنت، إلا أن يدخلها مزرعة غيره، فيضمن. وإن اتصلت المزارع: صبر، ليرجع على صاحبها.

---

(١) صرح به فى المغنى هكذا فقال: (وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمنوه. ولنا ما روى مالك عن الزهرى أن رسول الله ﷺ قال: ان على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم) ولأن من العادة من أهل المواشى إرسالها فى النهار للرعى وحفظها ليلا وإن أتلفت نهارا كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم) المغنى (٣٥٧/١٠).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه فقال: (إذا أرسلت عمدا بقرب ما تفسده عادة) المحرر (١٦٢/٢).

ولو قدر أن يخرجها، وله منصرف غير المزارع فتركها: فهدر.

الرابعة: الحطب الذى على الدابة. إذا خرق ثوب آدمى بصير عاقل، يجد منحرفًا: فهو هدر. وكذلك لو كان مستدبرًا، وصاح به منبهًا له، وإلا ضمنه فيهما. ذكره فى الترغيب. واقتصر عليه فى الفروع.

الخامسة: لو أرسل طائرًا فأفسد، أو لقط حبًّا: فلا ضمان. قاله الشيخ الموفق فى المغنى(١)، والحارثى.

وقيل: يضمن مطلقًا. وهو الصحيح. صححه ابن مفلح فى الآداب. وضعف الأول. وكذلك صححه ابن القيم فى الطرق الحكمية. ولم يذكرها فى الفروع.

قوله: ﴿وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ، أَوْ غَيْرُه. فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ: لَمْ يَضْمَنْهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب(٢). وعليه الأصحاب.

وقال فى القاعدة السابعة والعشرين: لو دفع صائلا عليه بالقتل: لم يضمنه. ولو دفعه عن غيره بالقتل: ضمنه. ذكره القاضى.

وفى الفتاوى الرحبيات، عن ابن عقيل، وابن الزاغونى: لا ضمان عليه أيضًا.

قال الحارثى، وعن الإمام أحمد: رواية بالمنع من قتال اللصوص فى الفتنة. فيترتب عليه وجوب الضمان بالقتل. لأنه ممنوع منه إذن. وهذا لا عمل عليه. انتهى.

قلت: أما ورود الرواية بذلك: فمسلم. وأما وجوب الضمان بالقتل: ففى النفس من هذا شئ.

وخرج الحارثى، وغيره: قولاً بالضمان بقتل البهيم الصائل. بناء على ما قاله أبو بكر فى الصيد الصائل على المحرم.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف أيضًا فى آخر باب المحاربين بأتم من هذا، ومسائل أخر. أن شاء الله تعالى.

فائدة: لو حالت بهيمة بينه وبين ماله، ولم يصل إليه إلا بقتلها، فقتلها: فيحتمل أن

---

(١) قال صاحب المغنى: (وإن اقتنى حماما أو غيره من الطير فأرسله نهارًا فلقط حبًا لم يضمنه لأنه كالبهيمة والعادة إرساله) المغنى (٣٥٨/١٠).

(٢) ذكره فى الكافى فقال: كل من قصد إنسانا فى نفسه أو أهله أو ماله أو دخل منزله بغير إذنه فله دفعه لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما عن النبى ﷺ وأنه قال من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد. الكافى (١١٢/٤) والشرح (٤٥٥/٥) والمحرر (١٦٢/٢) والمغنى (٣٥٣/١٠).

يضمن[١]. ويحتمل أن لا يضمن[٢]

قلت: وهو الصواب.

وأطلقهما الحارثى.

قلت: قد يقرب من ذلك مالو انفرش الجراد فى طريق المحرم، بحيث أنه لا يقدر على المرور إلا بقتله: هل يضمنه أم لا؟ على ما تقدم.

ويأتى نظيرها فى آخر باب الديات.

قوله: ﴿وَإِنْ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ، فَغَرِقَتَا: ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الآخَرِ وَمَا فِيهَا﴾.

هكذا أطلق كثير من الأصحاب[٣].

قال المصنف وغيره: محله إذا فرط.

قال الحارثى: إن فرط ضمن كل واحد سفينة الآخر وما فيها. وإن لم يفرط فلا ضمان على واحد منهما. حكاه المصنف فى كتابيه، ومن عداه من الأصحاب ونص الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ على نحوه من رواية أبى طالب.

مع أن إطلاق المتن لا يقتضيه. غير أن الإطلاق مقيد بحالة التفريط التى قدمناها. على ما ذهب إليه الأصحاب من غير خلاف علمته بينهم. انتهى.

وقال فى الفروع: وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا: ضمن كل واحد منهما متلف الآخر.

وفى المغنى[٤]: إن فرطا. وقاله فى المنتخب، وأنه ظاهر كلامه. انتهى.

وجزم بما قاله الحارثى فى الرعاية وغيرها.

تنبيه: حيث قلنا بالضمان، فيضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها. كما

---

(١) ذكر الاحتمالين فى الشرح فقال :ولا يضمنها إذا كانت لغيره وقيل يضمنها لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فضمنه كالمضطر إذا اكل طعام غيره) الشرح (٥/٤٥٥).

(٢) قال فى الكافى:.(لم يضمنها لأنه إتلاف لدفع جائز فلم يضمنه كدفع إلا فى الصائل ولأنه حيوان تتلفه لدفع شره أشبه الآدمى) الكافى (٤/١١٤). والمحرر (٢/١٦٢).

(٣) ذكره فى الشرح (فقال: إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كاللتين فى بحر أو ماء واقف فإن كان القيمان مفرطين فلا ضمان عليهما) الشرح (٥/٤٥٦) والمغنى (١٠/٣٦١). والكافى (٤/٥١).

(٤) قيد فعلا صاحب المغنى الضمان بالتفريط لأنه لا يخلو الأمر من حالين) ثم ذكر الحالة الأولى وقال: أحدهما: أن يكون القيم بها مفرطاً) المغنى (١٠/٣٦١).

قال المصنف[١]. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وقال الحارثى، قال الشافعى رحمه الله: على كل واحد منهما نصف الضمان لاشتراكهما فى السبب. فإنه حصل من كل واحد بفعله وفعل صاحبه. فكان مهدرًا فى حق نفسه، مضمونًا فى حق الآخر. كما فى التلف من جراحة نفسه وجراحة غيره.

قال الحارثى: وهذا له قوة.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَدِرَةً: فَعَلَى صَاحِبِهَا ضَمَانُ المصْعِدَةِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ غَلَبَهُ رِيحٌ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به فى المغنى[٢]، والشرح[٣]، والفائق، والحارثى، غيرهم من الأصحاب.

وفى الواضح وجه: لا تضمن منحدرة.

وقال فى الترغيب: السفينة كدابة، والملاح: كراكب.

تنبيه: قال الحارثى[٤]:سواء فرط المصعد فى هذه الحالة أولا،على ماصرح به فى الكافى . وأطلقه الأصحاب ، والإمام رحمه الله.وقال فى المغنى : إن فرط المصعد، بأن أمكنه العدول بسفينته، والمنحدر غير قادر ولا مفرط: فالضمان على المصعد. لأنه المفرط.

قال الحارثى: وهذا صريح فى أن المصعد يؤاخذ بتفريطه.

فائدتان

إحداهما: يقبل قول الملاح: إن تلف المال بغلبة ريح.

ولو تعمد الصدم: فشريكان فى إتلاف كل منهما، ومن فيهما.

---

(١) قال صاحب الشرح: (فإن كانا القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال) الشرح (٥/٤٥٦) والمغنى (١٠/٣٦٢).

(٢) قال فى المغنى. (فعلى المنحدرة ضمان المصاعده لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سببًا لفرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة بمنزلة الواقف. أما إذا هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لأنه لا يدخل فى وسعة ضبطها ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها) المغنى (١٠/٣٦١).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٤٥٦).

(٤) ذكره فى المغنى فقال: (أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يوصل أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما فعلى المنحدر ضمان الصاعدة) المغنى (١٠/٣٦١).

فإن قتل في الغالب: فالقود، وإلا شِبْه عمد.

ولا يسقط فعل المصادم في حق نفسه مع عمد.

ولو حرقها عمدًا أو شبهة، أو خطأ: عمل على ذلك. قاله في الفروع.

وقال الحارثي: إن عمد مالا يهلك غالبًا: فشبه عمد. وكذا مالو قصد إصلاحها، فقطع لوحًا. أو أصلح مسمارًا، فخرق موضعًا. حكاه القاضي وغيره

وقال المصنف في المغني[1]: والصحيح أنه خطأ محض. لأنه قصد فعلا مباحا.

وهل يضمن من ألقى عدلا مملوءًا بسفينة فغرقها وما فيها، أو نصفه، أو بحصته؟ قال في الرعاية، وتبعه في الفروع: يحتمل أوجهًا.

قلت: هي شبيهة بما إذا جاوز بالدابة مكان الإجارة. أو حملها زيادة على المأجور، فتلفت أو زاد على الحد سوطا. فقتله. والصحيح من المذهب هناك: أنه يضمنه جميعه على ما تقدم.

ويأتي في كلام المصنف، في كتاب الحدود. فكذلك هنا.

وجزم في الفصول: أنه يضمن جميع مافيها. ذكره في أثناء الإجارة. وجعله أصلا لما إذا زاد على الحد سوطا في وجوب الدية كاملة

وكذلك المصنف في المغني[2]: جعلها أصلا في وجوب ضمان الدابة كاملة، إذا جاوز بها مكان الإجارة، أو زاد على الحد سوطا.

ولو أشرفت على الغرق: فعلى الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة.

ويحرم إلقاء الدواب، حيث أمكن التخفيف بالأمتعة. وإن ألجأت ضرورة إلى إلقائها: جاز. صونًا للآدميين. والعبيد: كالأحرار.

وإن تقاعدوا عن الإلقاء مع الإمكان: أثموا.

وهل يجب الضمان؟ فيه وجهان. اختار المصنف وغيره عدمه.

والثاني: يضمن. وأطلقهما الحارثي.

ولو ألقى متاعه، ومتاع غيره: فلا ضمان على أحد. ذكره الأصحاب. قاله الحارثي.

---

(١) قاله في المغني بنصه هكذا: (والصحيح أن هذا خطأ محض لأنه قصد فعلا مباحًا فأفضى إلى التلف لما لم يرده فأشبه ما لو رمى صيدًا فأصاب آدميا) المغني (١٠/٣٦٣).

(٢) ذكره في المغني في باب الضمان في العين المستأجرة. انظر المغني (٦/٧٩).

وإن امتنع من إلقاء متاعه: فللغير إلقاؤه من غير رضاه، دفعًا للمفسدة. لكن يضمنه. قاله القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول، والمصنف فى المغنى[(١)]، وغيرهم.

قال الحارثى: وعن مالك رضى الله عنه: لا يضمن. اعتبارًا بدفع الصائل.

قال: ويتخرج لنا مثله. بناء على انتفاء الضمان بما لو أرسل صيدًا من يد محرم.

قلت: وهذا هو الصواب.

وتقدم فى آخر الضمان بعض ذلك. ومسائل أخر تتعلق بهذا. فليعاود.

الثانية: لو كانت إحداهما واقفة، والأخرى سائرة: فعلى قيِّم السائرة ضمان الواقفة، إن فرط، وإلا فلا. ذكره المصنف، والقاضى، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم.

ويأتى فى كلام المصنف، فى أوائل كتاب الديات: «إذا اصطدم نفسان، أو أركب صبيين فاصطدما، ونحوهما».

قوله: ﴿وَمَنْ أَتْلَفَ مِزْمَارًا، أَوْ طُنْبُورًا، أَوْ صَلِيبًا، أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ فِضَّةٍ، أَوْ ذَهَبٍ، أَوْ إِنَاءَ خَمْرٍ: لَمْ يَضْمَنْهُ﴾.

وكذا العود، والطبل، والنرد، وآلة السحر، والتعزيم، والتنجيم، وصور خيال، والأوثان والأصنام، وكتب المبتدعة المضلة، وكتب الكفر ونحو ذلك.

وهذا المذهب فى ذلك كله. وجزم به فى المغنى[(٢)]، والشرح[(٣)]، والفائق، وغيرهم من الأصحاب، فى الثلاثة الأول. وقدموه فى الباقى من كلام المصنف. وصححوه. وجزم به فى الوجيز، وغيره، فى الجميع.

قال ناظم المفردات: لا ضمان فى المشهور. وهو منها. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: يضمن غير الصليب مما ذكره المصنف.

وأطلق فى المحرر[(٤)] فى ضمان كسر آنية الذهب والفضة والخمر: روايتين.

---

(١) قال فى المغنى فقال: (وإن ألقى متاع غيره بغير أمره ضمنه وحده) المغنى (٣٦٣/١٠).

(٢) انظر المغنى (٤٤٥/٥ – ٤٤٦).

(٣) ذكرهم فى الشرح قال: (أما إن كسر مزمارا أو طنبورا أو صليبا لم يضمنه لأنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة لقوله ﷺ :«إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام «متفق عليه وقال ﷺ « بعثت بمحق القينات والمعازف «وقدمته بالنسبة لآنية الذهب والفضة. وإناء الخمر، راجع الشرح (٤٥٧/٥ – ٤٥٨)

(٤) ذكره فى المحرر بنصه هكذا فقال:(وإن كسر إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه خمر مأمور بإراقتها: فعلى روايتين) المحرر (٣٦٣/١).

وأطلق فى التلخيص فى ضمان كسر أوانى الخمر وشق ظروفه: روايتن.

قال فى المغنى: حكى أبو الخطاب رواية: بأنه يضمن، إذا كسر أوانى الذهب والفضة.

قال الحارثى: وحكاها القاضى يعقوب فى تعليقه، وأبو الحسين فى التمام، وأبو يعلى الصغير فى المفردات، وغيرهم.

قال الحارثى: إن أريد ضمان الإجزاء ـ وهو ظاهر إيرادهم. فإن بعضهم علله بجواز المعاوضة عليها، والقطع بسرقتها ـ فمسلم. ولكن ليس محل النزاع لأنه لا خلاف فيه.

وإن أربد ضمان الأرش ـ وهو فرض المسألة ـ فلا أعلم له وجهًا. وذكر مأخذهم من الرواية، ورده.

وعنه: يضمن آنية الخمر، إن كان ينتفع بها فى غيره.

وعنه: يضمن غير آلة اللهو مما ذكره المصنف.

وعنه: لا يضمن غير الدف.

وأطلق فى الرعاية فى ضمان دف الصنوج: روايتين.

وعنه: لا يضمن دف العرس ـ أعنى: التى ليس فيها صنوج ـ ذكرها الحارثى.

وحكى القاضى فى كتاب الروايتين: رواية بجواز إتلافه فى اللعب بما عدا النكاح. ورده الحارثى.

وقال فى الفنون: يحتمل أن يضمن آلة اللهو، إذا كان يُرْغَب فى ما دتها. كعود، وداقورة.

تنبيه: محل الخلاف فى آنية الخمر: إذا كان مأمور بإراقتها.

واعلم أن ظاهر كلام المصنف فى آنية الخمر: أنه سواء قدر على إراقتها بدون تلف الإناء أولا. وهو صحيح. وهو المذهب. نقله المروذى. وقدمه فى الفروع.

ونقل الأثرم، وغيره: إن لم يقدر على إراقتها إلا بتلفها: لم يضمن وإلا ضمن.

فوائد

منها: لايضمن مخزن الخمر إذا أحرقه. على الصحيح من المذهب.

نقله ابن منصور. واختاره ابن بطة، وغيره. وقدمه فى الفروع.

ونقل حنبل: يضمنه. وجزم به المصنف.

وقال ابن القيم فـى الهـدى: يجـوز تحريـق أمـاكن المعـاصى وهدمهـا. كمـا حـرق رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام مسجد الضِّرار، وأمر بهدمه.

ومنها: لا يضمن كتابا فيه أحاديث رديئة حرقه. على الصحيح مـن المذهـب نقلـه المروذى. وقدمه في الفروع.

قال في الانتصار: فجعله كآلة لهو. ثم سلمه، علـى نصـه فـى روايـة المـروذى فـى سِتْرٍ فيه تصاوير.

ونص على تخريق الثياب السود.

قال فى الفروع: فيتوجه فيهما روايتان.

ومنها: لا يضمن حليًا محرمًا على الرجال لم يسـتعملوه، يصلـح للنسـاء. قالـه فـى الفروع.

ومنها: قال صاحب الفروع، ظاهر كلام الأصحاب: أن الشِّطْرَنج من آلة اللهو.

قلت: بل هى من أعظمها. وقد عم البلاء بها.

ونقل أبو داود: لاشئ عليه فيه.

* * *

كتاب الشفعة

قوله: ﴿وَهِيَ اسْتِحْقَاقُ الإِنْسَانِ انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا﴾.

وكذا قال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، وغيرهم، والخلاصة.و زاد: قهرًا.

قال الزركشي: وهو غير جامع. لخروج الصلح بمعنى البيع، والهبة بشرط الثواب، ونحو ذلك: منه.

قلت: ويمكن الجواب عن ذلك بأن الهبة بشرط الثواب: بيع على الصحيح من المذهب. على ما يأتي. فالموهوب له مشتر. وكذلك الصلح يسمى فيه بائعًا ومشتريًا. لأن الأصحاب قالوا فيهما: هو بيع. فهو إذن جامع.

وقال في المغني[1]: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه.

قال الزركشي: وهو غير مانع. لدخول ما انتقل بغير عوض، كالأرش، والوصية، والهبة بغير ثواب، أو بغير عوض مالي. على المشهور. كالخلع ونحوه.

قال: فالأجود إذن أن يقال: من يد من انتقلت إليه بعوض مالي، أو مطلقًا. انتهى.

فائدتان

إحداهما: قال الحارثي، ولا خفاء بالقيود في حد المصنف.

فقيد «الشركة» مخرج للجوار،والخلطة بالطريق .وقيد «الشراء» مخرج للموهوب، والموصى به، والموروث، والممهور، والعوض في الخلع، والصلح عن دم العمد. وفي بعضه خلاف.

قال: وأورد على قيد«الشركة» أن لو كان من تمام الماهية لما حسن أن يقال: هل تثبت الشفعة للجار، أم لا؟ انتهى.

الثانية: قوله: ﴿وَلاَ يَحِلُّ الاحْتِيَالُ لإِسْقَاطِهَا﴾. بلا نزاع في المذهب[2]. نص عليه.

---

(١) هكذا عرفها صاحب المغني فقال:(هي استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكة المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه) المغني (٤٥٩/٥). وعرفها صاحب الشرح بأنها: (هي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها) كما في الإنصاف. انظر الشرح (٤٥٩/٥). وعرفها في الكافي فقال:(هي استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها) الكافي (٢٣٢/٢).
وعرفها صاحب العمدة بانها (هو استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها) العمدة (٢٧٥).

(٢)) ذكره في المغني قال (لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعه وإن فعل لم تسقط) انظر المغني (٥١١/٥)=

﴿وَلاَ تَسْقُطُ بِالتَّحَيُّلِ أَيْضًا﴾. نص عليه.

وقد ذكر الأصحاب للحيلة فى إسقاطها صورًا.

الأولى: أن تكون قيمة الشقص مائة، وللمشترى عرض قيمته مائة. فيبيعه العرض بمائتين، ثم يشترى الشقص منه بمائتين، ويتقاصان، أو يتوطئآن على أن يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين. وهى أقل من المائتين. فلا ويقْدم الشفيع عليه. لنقصان قيمته عن المائتين.

الثانية: إظهار كون الثمن مائة، ويكون المدفوع عشرين فقط.

الثالثة: أن يكون كذلك، ويبرئه من ثمانين.

الرابعة: أن يهبه الشقص، ويهبه الموهوب له الثمن.

الخامسة: أن يبيعه الشقص بصرة دراهم معلومة بالمشاهدة، مجهولة المقدار، أو بجوهرة ونحوها.

فالشفيع على شفعته فى جميع ذلك. فيدفع فى الأولى: قيمة العرض مائة، أو مثل العشرة دنانير. وفى الثانية: عشرين. وفى الثالثة: كذلك. لأن الإبراء حيلة. قاله فى الفائق. وقاله القاضى، وابن عقيل.

قال فى المغنى(١)، والشرح(٢): يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن.

ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن. وجزم بهذا الاحتمال فى المستوعب.

قال الحارثى: وهو الصحيح.

فى الرابعة: يرجع فى الثمن الموهوب له.

وفى الخامسة: يدفع مثل الثمن المجهول، أو قيمته إن كان باقيًا. ولو تعذر بتلف أو موت: دفع إليه قيمة الشقص. ذكر ذلك الأصحاب. نقله فى التلخيص.

وأما إذا تعذر معرفة الثمن من غير حيلة، بأن قال المشترى: لا أعلم قدر الثمن، كان القول قوله مع يمينه، وأنه لم يفعله حيلة، وتسقط الشفعة.

وقال فى الفائق، قلت: ومن صور التحيل: أن يقفه المشترى أو يهبه حيلة،

= والشرح (٤٦٠/٥) المحرر (٣٦٦/١).

(١) قال فى المغنى: (وفى الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لأنه إنما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذى اشترى به جزءًا من الشقص)، المغنى (٥١٢/٥).

(٢) ذكره فى الشرح بنصه وتمامه كما فى المغنى، الشرح (٤٦١/٥).

لإسقاطها. فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة. ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل مذهب الإمام أحمد رحمه الله، وللشفيع الأخذ بدون حكم. انتهى.

قال في القاعدة الرابعة والخمسين: هذا الأظهر.

قوله: ﴿وَلاَ شُفْعَةَ فِيمَا عِوَضُهُ غَيْرُ المَالِ، كَالصَّدَاقِ وَعِوضِ الْخُلْعِ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ. فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والمحرر[1] والرعاية الكبرى، والفروع، والفائق. وظاهر الشرح[2]، الإطلاق.

أحدهما: لاشفعة في ذلك. وهو الصحيح من المذهب.

قال في الكافي[3]: لا شفعة فيه في ظاهر المذهب.

قال الزركشي: هذا أشهر الوجهين عند القاضي، وأكثر أصحابه

قال ابن منجا: هذا أولى.

قال الحارثي: أكثر الأصحاب قال: بانتفاء الشفعة. منهم أبو بكر، وابن أبي موسى، وأبو علي بن شهاب، والقاضي، وأبو الخطاب في رءوس المسائل، وابن عقيل، والقاضي يعقوب، والشريفان ـ أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدي ـ والعكبري، وابن بكروس، والمصنف. وهذا هو المذهب. ولذلك قدمه في المتن. انتهى.

وهو ظاهر كلام الخرقي. وصححه في التصحيح، والنظم. وجزم به في العمدة[4]، والوجيز، والمنور، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقدمه في المغني[5]،

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فذكر ثلاثة أوجه. أحدها: يؤخذ بقيمته والثاني: - بقيمة مقابلة والثالث: - لا شفعة فيه) المحرر (١/٣٦٥).

(٢) ذكره في الشرح فقال: (الإطلاق أيضا الأول على قول الخرقي فقال لا شفعة فيه. والثاني: على قول ابن حامد قال تجب فيه الشفعه) الشرح (٥/٤٦٥).

(٣) ذكره في الكافي فقال: (لأنه انتقل بغير مال أشبه الموهوب ولأنه لا يمكن الأخذ بمثل العوض أشبه الموروث) ثم ذكر صاحب الكافي أن فيه قولا آخر. وهو قول ابن حامد أن قيمة الشفعة) الكافي (٢/٢٣٣).

(٤) ذكر في العمدة في الشروط قال: أحدها: البيع فلا تجب في موهوب ولا موقوف ولا عوض خلع ولا صداق) العمدة (٢٧٥).

(٥) ذكره في المغني مقدما على قول الخرقي فقال: (أنه لا شفعة فيه لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع لأنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه) انظر المغني (٥/٤٦٩).

والشرح[١]، وشرح الحارثى، وغيرهم.

والوجه الثانى: فيه الشفعة. اختاره ابن حامد، وأبو الخطاب فى الانتصار، وابن حمدان فى الرعاية الصغرى. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

فعلى هذا القول: يأخذه بقيمته. على الصحيح. اختاره القاضى، وابن عقيل، وابن عبدوس فى تذكرته، وصاحب الفائق. وصححه الناظم. وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير. وجزم به فى الهداية.

وقيل: يأخذه بقيمته مقابله من مهر ودية. حكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد. وأطلقهما فى المحرر[٢]، والفروع، والزركشى.

وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر الفصل السادس.

فوائد

منها: قال فى الفروع، وعلى قياس هذه المسألة: ما أخذ أجرة، أو ثمنًا فى سلم، أو عوضًا فى كتابة. وجزم به فى الرعاية الكبرى.

قال فى الكافى[٣]، ومثله: ما اشتراه الذمى بخمر، أو خنزير.

قال الحارثى: وطرد أصحابنا الوجهين فى الشقص المجعول أجرة فى الإجارة.

ولكن نقول: الإجارة نوع من البيع. فيبعد طرد الخلاف إذن.

فالصحيح على أصلنا: جريان الشفعة قولاً واحدًا.

ولو كان الشقص جعلا فى جعالة: فكذلك من غير فرق.

وطرد صاحب التلخيص وغيره من الأصحاب الخلاف أيضًا فى الشقص المأخوذ عوضا عن نجوم الكتابة.

ومنهم من قطع بنفى الشفعة فيه. وهو القاضى يعقوب. ولا أعلم لذلك وجهًا.

وحكى بعض شيوخنا ـ فيما قرأت عليه ـ طرد الوجهين أيضًا فى المجعول رأس مال فى السلم. وهو أيضًا بعيد. فإن السلم نوع من البيع. انتهى كلام الحارثى

ثم قال: إذا تقرر ما قلنا فى المأخوذ عوضًا عن نجوم الكتابة، فلو عجز المكاتب

---

(١) ذكره فى الشرح وقدمه كما فى المغنى، الشرح (٥/٤٦٥).

(٢) (ذكر الإطلاق فى المحرر على ثلاثة أوجه) انظر المحرر (١/٣٦٥).

(٣) ذكره فى الكافى بنصه هكذا فقال (وعوض الخلع والصلح عن دم العمد وما اشتراه الذمى بخمر أو خنزير فلا شفعة فيه) الكافى (٢/٢٣٣).

بعد الدفع ورق: هل تجب الشفعة إذن؟

قال فى التلخيص: يحتمل وجهين. أحدهما: نعم. والثانى: لا. وهو أولى.

فائدتان

إحداهما: لو قال لأم ولده: إن خدمت أولادى شهراً فلك هذا الشقص. فخدمتهم: استحقته. وهل تثبت فيه الشفعة؟ يحتمل وجهين.

أحدهما: نعم. وهذا على القول بالشفعة فى الإجارة.

والثانى: لا. لأنها وصية. قاله الحارثى. وهذا الثانى هو الصواب.

الثانية: إذا قيل بالشفعة فى المهور. فطلق الزوج قبل الدخول وقبل الأخذ: فالشفعة مستحقة فى النصف بغير إشكال. وما بقى: إن عفا عنه الزوج فهبة مبتدأة لا شفعة فيه. على الصحيح[1].

وقال ابن عقيل: يستحقه الشفيع.

وإن لم يعف فلا شفعة فيه أيضا. على الصحيح. لدخوله فى ملك الزوج قبل الأخذ. قدمه فى شرح الحارثى.

وذكر القاضى ابن عقيل احتمالين، والمصنف وجهين.

قال الحارثى: والأخذ هنا بالشفعة لا يتمشى على أصول الإمام أحمد رحمه الله

وإن أخذ الشفيع قبل الطلاق فالشفعة ماضية. ويرجع الزوج إلى نصف قيمة الشقص.

قال القاضى وغيره: يرجع بأقل الأمرين من نصف قيمته: يوم إصداقها، ويوم إقباضها.

قوله: ﴿الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ شِقْصًا مُشَاعًا مِنْ عَقَارٍ يَنْقَسِمُ﴾.

يعنى: قسمة إجبار.

فأما المقسوم المحدود: فلا شفعة لجاره فيه. وهذا المذهب[2]. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

---

(١) ذكره فى الشرح (٥/٤٦٥) والمغنى (٥/٤٦٩).

(٢) لقوله ﷺ :(الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعه " رواه البخارى) الشرح (٥/٤٦٧) والعمده (٢٧٦)،والكافى (٢/٢٣٣)، والمحرر (١/٣٦٥) والمغنى (٥/٤٦١).

وقيل: تثبت الشفعة للجار.

وحكاه القاضى يعقوب فى التبصرة، وابن الزاغونى عن قوم من الأصحاب رواية.

قال الزركشي: وصححه ابن الصيرفى. واختاره الحارثى فيما أظن. وأخذ الرواية من نصه فى رواية أبى طالب ومثنى: لا يحلف أن الشفعة تستحق بالجوار

قال الحارثى: والعجب ممن يثبت بهذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال فى الفائق: وهو مأخذ ضعيف.

وقيل: تجب الشفعة بالشركة فى مصالح عقار. اختاره الشيخ تقى الدين ــ رحمه الله ـ وصاحب الفائق. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية أبى طالب، وقد سأله عن الشفعة؟ فقال: إذا كان طريقهما واحداً شركاء: لم يقتسموا. فإذا صُرِّفت الطرق، وعرفت الحدود: فلاشفعة.

وهذا هو الذى اختاره الحارثى. لا كما ظنه الزركشى، من أنه اختار الشفعة للجار مطلقًا.

فإن الحارثى قال: ومن الناس من قال بالجواز، لكن بقيد الشركة فى الطريق.

وذكر ظاهر كلام الإمام أحمد المتقدم. ثم قال: وهذا الصحيح الذى يتعين المصير إليه.

ثم ذكر أدلته، وقال: فى هذا المذهب جمعاً بين الأخبار، دون غيره. فيكون أولى بالصواب.

منها: شريك المبيع أولى من شريك الطريق. على القول بالأخذ. قاله الحارثى.

ومنها: عدم الفرق فى الطريق بين كونه مشتركا بملك، أو باختصاص. قدمه الحارثى. وقال: ومن الناس من قال: المعتبر شركة الملك، لاشركة الاختصاص. وهو الصحيح.

ومنها: لو بيعت دار فى طريق لها درب فى طريق لا ينفذ. فالأشهر: تجب، إن كان للمشترى طريق غيره، أو أمكن فتح بابه إلى شارع. قاله فى الفروع. وجزم به فى التلخيص وغيره. وقدمه فى الشرح[1] وغيره.

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (وكان الطريق مشتركا كالدرب لا يتعين تثبيت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر لحديث " الجار أحق بضيفه) رواه البخارى، انظر الشرح (٤٦٧/٥).

وقيل: لا شفعة بالشركة فيه فقط. ومال إليه المصنف، والشارح.

وقيل: بلى. وأطلقهما فى الفروع.

وإن كان نصيب المشترى فوق حاجته. ففى الزائد وجهان. اختار القاضى، وابن عقيل: وجوب الشفعة فى الزائد.

وقال المصنف فى المغنى: والصحيح[١] لا شفعة. وصححه الشارح. وأطلقهما الحارثى فى شرحه، والفروع.

وكذا دهليز الجار وصحن داره. قاله فى الفروع، والحارثى، والمصنف، والشارح.

ومنها: لا شفعة بالشركة فى الشرب مطلقًا. وهو النهر، أوالبئر، يسقى أرض هذا وأرض هذا. فإذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقه من الشرب. قاله الحارثى وغيره. ونص عليه.

قوله: ﴿وَلاَ شُفْعَةَ فِيمَا لاَ تَجِبُ قِسْمَتُهُ – كَالحَمَّامِ الصَّغِيرِ، وَالبِئْرِ، وَالطُّرُقِ، وَالعِرَاصِ الضَّيِّقَةِ، وَلاَ مَا لَيْسَ بِعَقَارٍ كَالشَّجَرِ،-وَالحَيَوَانِ، وَالبِنَاءِ المُفْرَدِ، وَكَالجَوْهَرَةِ، وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا ـ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والرعاية الكبرى.

إحداهما: لا شفعة فيه. وهو الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال المصنف، والشارح: وهذا ظاهر المذهب.

قال فى الرعاية الكبرى: أظهرهما لا شفعة فيه.

قال فى المستوعب، والتلخيص، والبلغة، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير: لا شفعة فيه. فى أصح الروايتين.

وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الخلاصة، والوجيز وغيرهما. وقدمه فى الكافى[٢]، والمحرر[٣]. والرعاية الصغرى، وغيرهم.

---

(١) قاله فى المغنى حيث ذكر: (أن الجار لا شفعة له) المغنى (٥/٤٦١).

(٢) ذكره فى الكافى ورجحه حيث قال: (والمذهب الأول لأنه ذكر أن ما لا تجب قسمة كالرضا والبئر الصغير والدار الصغيرة فلا شفعة فيه ولان اثبات الشفعة إنما كان لدفع الضرر الذى يلحقه بالمقاسمة وهذا لا يوجد فيما لا يقسم) الكافى (٢/٢٣٣).

(٣) قدمه صاحب المحرر فى أول باب الشفعة حيث قال: (لا تجب الشفعة إلا لشريك فى عقار يجب قسمته)، المحرر (١/٣٦٥).

والرواية الثانية: فيه الشفعة.

اختاره ابن عقيل، وأبو محمد الجوزى، والشيخ تقى الدين رحمه الله.

قال الحارثى: وهو الحق.

وعنه: تجب فى كل مال، حاشَى منقولا لا ينقسم.

قال فى الرعاية الكبرى، وقيل: تجب فى زرع وثمر مفرد.

فعلى المذهب: يؤخذ البناء والغراس تبعًا للأرض. كما تقدم.

قال المصنف، قال الحارثى: لا خلاف فيهما على كلتا الروايتين.

زاد فى الرعاية: مما يدخل تبعًا: النهر والبئر، والقناة، والرحى والدولاب.

فائدة: المراد بما ينقسم: ما تجب قسمته إجبارًا. وفيه روايتان.

إحداهما: ما ينتفع به مقسوما منفعته التى كانت، ولو على تضايق. كجعل البيت بيتين.

قال فى التلخيص: وهو الأظهر.

قال الخرقى: وينتفعان به مقسومًا.

قال الحارثى: وإيراد المصنف هنا يقتضى التعويل على هذه الرواية، دون ما عداها. لأنه مثل ما لا تجب قسمته الحمام والبئر الصغيرين، والطرق والعراص الضيقة. وكذلك أبو الخطاب فى كتابه. انتهى.

قال الحارثى: وهو أشهر عن الإمام أحمد رحمه الله، وأصح. وجزم به فى العمدة[1] فى باب القسمة.

قال فى التلخيص: ويحتمل أن يكون أى منفعة كانت، ولو كانت بالسكنى. وهوو ظاهر إطلاقه فى المحرد. انتهى.

والرواية الثانية: ما ذكرنا، أو أن لا تنقص القيمة بالقسمة نقصًا بينا. نقله الميمونى.

واعتبار النقص: هو ما مال إليه المصنف، وأبو الخطاب فى باب القسمة. وأطلقهما فى شرح الحارثى.

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب القسمة بأتم من ذلك محررًا.

---

(١) ذكره فى القسمة صاحب العمدة حيث قال: (والقسمة إقرار حق لا يستحق لها شفعة) العمدة (٦٣٩).

قوله: ﴿وَلاَ تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ تَبَعًا، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. اختاره القاضى، والمصنف، والشارح.

قال الحارثى: وهو قول أبى الخطاب فى رءوس المسائل، وابن عقيل، والشريف أبو جعفر فى آخرين. انتهى.

وصححه فى التصحيح، والنظم. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الكافى[1]، والرعاية الكبرى، والفروع.

والوجه الثانى: تؤخذ تبعًا. كالبناء والغراس. وهو احتمال فى الهداية.

قال فى المستوعب، والتلخيص: وقال أبو الخطاب: تؤخذ الثمار وعليه يخرج الزرع.

قال الحارثى: واختاره القاضى قديمًا فى رءوس المسائل. وأطلقهما فى المذهب والخلاصة، والرعاية الصغرى، والفائق.

وظاهر الهداية، والمستوعب، والحاوى الصغير: الإطلاق.

وأكثرهم إنما حكى الاحتمال ـ أو الوجه ـ فى الثمر. وخرج منه إلى الزرع.

وقيد المصنف الثمرة بالظاهرة، وأن غير الظاهرة تدخل تبعًا، مع أنه قال فى المغنى[2]: إن اشتراه وفيه طلع لم يؤبر فأبره: لم يأخذ الثمرة. وإنما يأخذ الأرض والنخل بحصته، كما فى شقص وسيف.

وكذا ذكر غيره: إذا لم يدخل. فإنه يأخذ الأصل بحصته.

فائدة: لو كان السفل لشخص والعلو مشتركا، والسقف مختص بصاحب السفل، أو مشتركا بينه وبين أصحاب العلو: فلا شفعة فى السقف. لأنه لا أرض له. فهو كالأبنية المفردة.

وإن كان السقف لأصحاب العلو: ففيه الشفعة. لأن قراره كالأرض قدمه فى التلخيص، والرعاية الكبرى، والفائق.

وفيه وجه آخر: أنه لاشفعة فيه لأنه غير مالك للسفل. وإنما له عليه حق. فأشبه مستأجر الأرض، خرجه بعض الأصحاب. قاله فى التلخيص، وقال: فاوضت فيها

---

(١) ذكره صاحب الكافى مقدما حيث قال: (والزرع والثمرة الظاهرة والحيوان وسائر المبيعات فلا شفعة فيه تبعًا ولا أصلا لأنها لا تدخل فى البيع تبعاً فلا تدخل فى الشفعة تبعًا) الكافى (٢٣٢/٢).

(٢) ذكره صاحب المغنى هكذا بنصه وتمامه. المغنى (٤٦٤/٥).

بعض أصحابنا. وتقرر حكمها بينى وبينه على مابينت.

وهذا الوجه: قدمه فى المغنى[(١)]. فقال: وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت. فإن كان السقف الذى تحته لصاحب السفل. فلا شفعة فى العلو. لأنه بناء منفرد. وإن كان لصاحب العلو فكذلك. لأنه بناء منفرد، لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له.

ويحتمل ثبوت الشفعة. لأن له قرارًا. فهو كالسفل. انتهى

وقدمه أيضًا الشارح، وابن رزين. وأطلقهما فى شرح الحارثى.

ولو باع حصته من علو مشترك على سقف لمالك السفل. فقال فى المغنى[(٢)]، والشرح[(٣)]، والتلخيص، وغيرهم: لا شفعة لشريك العلو. لانفراد البناء. واقتصر عليه الحارثى.

وإن كان السقف مشتركا بينه وبين أصحاب العلو. فكذلك. قاله فى التلخيص وغيره.

وإن كان السفل مشتركا والعلو خالصا لأحد الشريكين، فباع العلو ونصيبه من السفل: فللشريك الشفعة فى السفل، لا فى العلو. لعدم الشركة فيه.

قوله: ﴿الثَّالِثُ: المطَالَبَةُ بِهَا عَلَى الفَوْرِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب[(٤)]. وقطع به كثير منهم، ونص عليه. بل هو المشهور عنه.

وعنه: أنها على التراخى ما لم يرض، كخيار العيب. اختاره القاضى يعقوب. قاله الحارثى وغيره.

وحكى جماعة ـ وعَدهَّم ـ رواية بثبوتها على التراخى. لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى أو دليله. كالمطالبة بقسمة أو بيع، أو هبه، نحو: بعنيه، أو هَبْهُ لى، أو قاسمنى، أو بعه لفلان، أو هَبْه له. انتهى. والتفريع على الأول.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه. المغنى (٤٦٥/٥).

(٢) هكذا ذكره صاحب المغنى بنصه، المغنى (٤٦٥/٥).

(٣) وهكذا ذكره أيضا صاحب الشرح بنصه، الشرح (٤٧٣/٥).

(٤) ذكر صاحب المغنى: أن الصحيح من المذهب أن حق الشفعة على ساعة بعلم البيع وإلا بطلت نص عليه أحمد لقوله ﷺ :(الشفعة كحل العقال وفى لفظ نشطه العقال إن قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها) المغنى (٤٧٧/٥)، والكافى (٢٣٤/٢) والعمدة (٨٧٢). والشرح (٤٧٣/٥).

قوله: ﴿سَاعَةَ يَعْلَمُ﴾.

نص عليه. هذا المذهب. أعني أن المطالبة على الفور ساعة يعلم. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به ابن البنا في خصاله، والعمدة[١]، والوجيز، ومنتخب الأزجي، وغيرهم.

وقدمه في الهداية، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي[٢]، والهادي، والتلخيص، والمحرر[٣]، والشرح[٤]، والرعايتين، والنظم، وشرح ابن منجا والحارثي، والفروع، والفائق، وإدراك الغاية، وغيرهم.

نقل ابن منصور: لابد من طلبها حين يسمع حتى يعلم طلبه. ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام. قاله في الفروع وغيره.

وقال القاضي: له طلبها في المجلس، وإن طال. وهو رواية عن الإمام أحمد. واختارها ابن حامد أيضًا، وأكثر أصحاب القاضي، منهم الشريفان ــ أبو جعفر، والزيدي ـ وأبو الخطاب في رءوس المسائل، وابن عقيل، والعكبري، وغيرهم.

قال الحارثي: وهذا يتخرج من نص الإمام أحمد رحمه الله على مثله في خيار المجبرة ومن غيره.

قال: وهذا متفرع على القول بالفورية، كما في التمام، وفي المغني[٥]. لأن المجلس كله في معنى حالة العقد. بدليل التقابض فيه لما يعتبر له القبض. ينزل منزلة حالة العقد. ولكن إيراده هنا مشعر بكونه قسيما للفورية. انتهى.

قال في الفروع: اختاره الخرقي، وابن حامد، والقاضي، وأصحابه.

قلت: ليس كما قال عن الخرقي، بل ظاهر كلامه: وجوب المطالبة ساعة يعلم. فإنه قال: ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له. انتهى. وأطلقهما في المذهب.

تنبيهان

إحداهما: قال الحارثي: وفي جعل هذا شرطا إشكال. وهو أن المطالبة بالحق فرع

---

(١) ذكره في العمدة بنصه (٨٧٢).
(٢) ذكره في الكافي بنصه، الكافي (٢/٢٣٤).
(٣) ذكره في المحرر. (١/٣٦٥).
(٤) ذكره في الشرح. (٥/٤٧٣).
(٥) ذكره في المغني بنصه وتمامه. (٥/٤٧٨).

ثبوت ذلك الحق. ورتبة ذلك الشرط تقدمه على المشروط. فكيف يقال بتقدم المطالبة على ما هو أصل له؟ هذا خلف.

أو نقول: اشتراط المطالبة يوجب توقف الثبوت عليها ولا شك فى توقف المطالبة على الثبوت. فيكون دورًا.

والصحيح: أنه شرط لاستدامة الشفعة، لا لأصل ثبوت الشفعة. ولهذا قال: فإن أخره سقطت شفعته. انتهى.

الثانى: كلام المصنف[١] وغيره: مقيد بما إذا لم يكن عذر. فإن كان عذر ــ مثل: أن لا يعلم، أو علم ليلا فأخره إلى الصبح، أو أخره لشدة جوع، أو عطش حتى أكل أو شرب. أو أخره لطهارة أو إغلاق باب، أو ليخرج من الحمام، أو ليقضى حاجته، أو ليؤذن ويقيم. ويأتى بالصلاة وسنتها، أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها، ونحو ذلك.

وفى التلخيص: احتمال بأنه يقطع الصلاة، إلا أن تكون فرضًا.

قال الحارثى: وليس بشىء. وهو كما قال. فلا تقسط، إلا أن يكون المشترى حاضرًا عنده فى هذه الأحوال. فمطالبته ممكنة، ماعدا الصلاة. وليس عليه تخفيفها، ولا الاقتصار على أقل ما يجزئ.

ثم إن كان غائبًا عن المجلس، حاضرًا فى البلد. فالأولى: أن يشَهْدِ على الطلب، ويبادر إلى المشترى بنفسه، أو بوكيله.

فإن بادر هو أو وكيله من غير إشهاد: فالصحيح من المذهب[٢]: أنه على شفعته. صححه فى التلخيص، وشرح الحارثى، وغيرهما.

قال الحارثى: وهو ظاهر إيراد المصنف فى آخرين.

وقيل: يشترط الإشهاد. واختاره القاضى فى الجامع الصغير.

ويأتى: هل يملك الشفيع الشقص بمجرد المطالبة أم لا؟ عند قوله: «وإن مات الشفيع بطلت الشفعة».

---

(١) ذكره فى المغنى وقيد سقوط الشفعة بالعلم لعدم المطالبة بها لعذر فقال (فعلى هذا متى آخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت الشفعة وإن أخرها لعذر لم تبطل شفعته لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الإشتغال بها رضى بترك الشفعة) المغنى (٤٧٩/٥). وكذلك فى الشرح (٤٧٤/٥) والكافى (٢٣٤/٢). والمحرر (٣٦٥/١). والعمدة (٢٧٨).

(٢) قاله: فى الشرح: لا تبطل شفعته لان له غرضا فى المطالبة ولأن ظاهر سيره أنه للطلب) الشرح (٤٧٦/٥)، والكافى (٢٣٤/٢) والمحرر (٣٦٥/١) والمغنى (٤٨٧/٥).

وأما إن تعذر الإشهاد: سقط، بلا نزاع[1]، والحالة هذه. لانتفاء التقصير.

وإن اقتصر على الطلب مجردًا عن مواجهة المشترى، قال الحارثى: فالمذهب الإجزاء.

قال: وكذلك قال أبو الحسن بن الزاغونى فى المبسوط. ونقلته من خطه. فقال: الذى نذهب إليه: أن ذلك يغنى عن المطالبة بمحضر الخصم. فإن ذلك ليس بشرط فى صحة المطالبة.

وهو ظاهر ما نقله أبو طالب عن الإمام أحمد رحمه الله. وهو قياس المذهب أيضًا. وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى رءوس مسائلة، والقاضى أبى الحسين فى تمامه. وصرح به فى المحرر[2]، لكن بقيد الإشهاد. وهو المنصوص من رواية أبى طالب والأثرم. وهذا اختيار أبى بكر.

وإيراد المصنف هنا: يقتضى عدم الإجزاء، وأن الواجب المواجهة. ولهذا قال: فإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما ـ كالمريض، والمحبوس ـ فهو على شفعته.

ومعلوم أنهما لا يعجزان عن مناطقة أنفسهما بالطلب.

وقد صرح به فى العمدة[3]. فقال: إن أخرها ـ يعنى: المطالبة ـ بطلت شفعته إلا أن يكون عاجزًا عنها لغيبة، أو حبس، أو مرض. فيكون على شفعته متى قدر عليها. انتهى كلام الحارثى.

قوله: ﴿فَإِنْ أَخَّرَهُ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ﴾.

يعنى: على الصحيح من المذهب.

وقد تقدمت رواية: بأنه على التراخى.

قوله: ﴿إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا. ثُمَّ إِنْ أَخَّرَ الطَّلَبَ بَعْدَ الإِشْهَادِ عِنْدَ إِمْكَانِهِ، أَوْ لَمْ يُشْهِدْ، لَكِنَّهُ سَارَ فِى طَلَبِهَا: فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

شمل كلامه مسألتين.

إحداهما: أن يشهد على الطلب حين يعلم، ويؤخر الطلب بعده، مع إمكانه.

---

(١) ذكره فى الشرح (٤٧٧/٥) والمحرر (٣٦٥/١) والمغنى (٤٨٥/٥).

(٢) ذكره فى المحرر فقال: (وخيار الشفعة على الفور. بأن يشهد ساعة علمه بالطلب أو يبادر فيه بالمعنى المعتاد إلى المشترى) المحرر (٣٦٥/١).

(٣) ذكره فى العمدة بنصه وتمامه. (٢٧٨).

فأطلق في سقوط الشفعة بذلك[1] وجهين. وأطلقهما في النظم، والرعايتين، والفروع والفائق، وشرح ابن منجا.

إحدهما: لا تسقط الشفعة بذلك. وهو المذهب. نصره المصنف، والشارح. وهو ظاهر كلام الخرقي. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والحارثي. وقال: هذا المذهب.

والوجه الثاني: تسقط إذا لم يكن عذر. اختاره القاضي، وابن عبدوس في تذكرته. وهو احتمال في الهداية.

تنبيهان

أحدهما: حكى المصنف في المغني[2] ومن تبعه: أن السقوط قول القاضي.

قال الحارثي: ولم يحكه أحد عن القاضي سواه. والذي عرفت من كلام القاضي خلافه.

ونقل كلامه من كتبه، ثم قال: والذي حكاه في المغني عنه: إنما قاله في المجرد فيما إذا لم يكن أشهد على الطلب. وليس بالمسألة. نبهت عليه خشية أن يكون أصلا لنقل الوجه الذي أورده. انتهى.

الثاني: قال ابن منجا في شرحه: واعلم أن المصنف قال في المغني[3]: «وإن أخر القدوم بعد الإشهاد» بدل قوله: «وإن أخر الطلب بعد الإشهاد» وهو صحيح، لأنه لاوجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد. لأن الطلب حينئذ لا يمكن. بخلاف القدوم، فإنه ممكن. وتأخير ما يمكن لإسقاطه الشفعة وجه. بخلاف تأخير مالا يمكن. انتهى.

وكذلك الحارثي مثل بما لو تراخى السير. انتهى.

---

(١) ذكرهما في الكافي فقال: (ففيه وجهان: أحدهما: تبطل لأن السير قد يكون لطلبها أو لغيره فوجب بيان ذلك بالإشهاد كما لو لم يسير. والثاني: لا تبطل لأن سيره عقيب عمله ظاهر في طلبها فاكتفى به كالذي في البلد وإن أشهد ثم أخر القدوم لم تبطل شفعته لأن عليه في العجلة ضررا لاقطاع حوائجه) والكافي (٢/٢٣٤) والشرح (٥/٤٧٥) والمغني (٥/٤٨٦).

(٢) ذكر صاحب المغني فعلا قول القاضي بسقوط الشفعة ولكن صاحب المغني ذكر له قولاً بالاحتمال هذا نصه: (وقال القاضي: ان سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب) انظر المغني (٥/٤٨٦).

(٣) ذكره فعلا بقوله: (إذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه) فذكر قوله (أخر القدوم) ولم يذكر المطالبة) انظر المغني (٥/٤٨٧).

فعلى كلا الوجهين: إذا وجد عذر، مثل أن لا يجد من يشهده، أو وجد من لا تقبل شهادته - كالمرأة، والفاسق ونحوهما - أو وجد من لايقدم معه إلى موضع. المطالبة: لم تسقط الشفعة.

وإن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدهما. فهل تبطل شفعته أم لا؟ فيه احتمالان. وأطلقهما فى المغنى[1]، والشرح[2]، وشرح الحارثى، والفروع.

قلت: الصواب أنها لا تسقط شفعته. لأن الصحيح من المذهب: أن شهادة مستورى الحال لا تقبل. فهما كالفاسق بالنسبة إلى عدم قبول شهادتهما. فإن أشهدهما لم تبطل شفعته، ولم تقبل شهادتهما.

وكذلك إن لم يقدر إلا على شاهد واحد فأشهده أو ترك إشهاده.

قال المصنف، والشارح، قال الحارثى: وإن وجد عدلا واحدًا. ففى المغنى[3]: إشهاده وترك إشهاده سواء، قال: وهو سهو. فإن شهادة الواحد معمول بها مع يمين الطالب. فتعين اعتبارها.

ولو قدر على التوكيل فلم يوكل، فهل تسقط شفعته[4]؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع.

أحدهما: لا تبطل. وهو المذهب. نصره المصنف، والشارح.

والوجه الثانى: تبطل اختاره القاضى. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

فائدة: لفظ الطالب «أنا طالب أو مطالب، أو آخذ بالشفعة، أو قائم على الشفعة» ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ. لأنه محصل للغرض.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (فإن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدهما احتمل أن تبطل شفعته لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتزكية فأشبها العدلين - ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج فى إثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وإن أشهدهما لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل) المغنى (٥/٤٨٧).

(٢) ذكر الاحتمالين فى الشرح كما فى المغنى الشرح (٥/٤٧٨).

(٣) ذكره فى المغنى على حكم المسألة قبلها فقال: (وكذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحد فأشهده أو ترك إشهاده) المغنى (٥/٤٨٧).

(٤) ذكر الوجهين أيضا فى المغنى فقال: (إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين: أحدهما: لا تسقط شفعته لأن له غرضاً بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقرار فكان معذورا والثانى: - بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم الطلب فسقطت كما لو كان حاضرًا) المغنى (٥/٤٨٧) والشرح (٥/٤٧٦). والكافى (٢/٢٣٤).

المسألة الثانية: إذا كان غائبا فسار حين علم فى طلبها، و لم يشهد ـ مع القدرة على الإشهاد ـ فأطلق المصنف فى سقوطها وجهين. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والنظم، والرعايتين، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير، والزركشى، وغيرهم.

أحدهما: تسقط الشفعة. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى راوية أبى طالب. واختاره الخرقى، وابن عبدوس فى تذكرته.

قال الحارثى: عليه أكثر الأصحاب. وقدمه فى شرح الحارثى، والمغنى[١]، والشرح[٢]، ونصراه. وجزم به فى العمدة[٣].

والوجه الثانى: لا تسقط، بل هى باقية.

قال القاضى: إن سار عقب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد: احتمل أن لاتبطل شفعته.

فعلى هذا الوجه: يبادر إليها بالمضى المعتاد، بلا نزاع. ولا يلزمه قطع حمام، وطعام وناقلة، على الصحيح من المذهب.

وقيل: بلى. وكذا الحكم لو كان غائبًا عن المجلس حاضرًا فى البلد.

تنبيهان

أحدهما: قال الحارثى: حكى المصنف الخلاف وجهين. وكذا أبو الخطاب. وإنما هما روايتان.

ثم قال: وأصل الوجهين فى كلامهما احتمالان. أوردهما القاضى فى المجرد. والاحتمالان إنما أوردهما فى الإشهاد على السير للطلب. وذلك مغاير للإشهاد على الطلب حين العلم. ولهذا قال: ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد، وعند إمكانه أبى السير للطلب مواجهة. فلا يصح إثبات الخلاف فى الطلب الأول، متلقى عن الخلاف فى الطلب الثانى. انتهى.

قال الحارثى: و لم يعتبر فى المحرر[٤] إشهادًا فيما عدا هذا. والإشهاد على الطلب

---

(١) رجح سقوط شفعته صاحب المغنى حيث قال: (فإن لم يفعل تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه لأنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع حضوره) المغنى (٤٨٦/٥).

(٢) وضحه أيضا صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح: (٤٧٥/٥).

(٣) ذكره أيضا صاحب العمدة (٢٧٨).

(٤) انظر المحرر (٣٦٥/١).

عنده عبارة عن ذلك. وهو خلاف ما قال الأصحاب.

وأيضًا فالإشهاد على ما قال ليس إشهادًا على الطلب فى الحقيقة، بل هو إشهاد على فعل يتعقبه الطلب.

الثانى: استفدنا من قوة كلام المصنف: أنه إذ علم، وأشهد عليه بالطلب، وسار فى طلبها عند إمكانه: أنها لا تسقط. وهو صحيح.

وكذا لو أشهد عليه، وسار وكيله. وكذا لو تراخى السير لعذر.

فوائد

إحداها: لو لقى المشترى، فسلم عليه. ثم عقبه بالطلب. فهو على شفعته[1]. قاله الأصحاب.

وكذا لو قال بعد السلام: «بارك الله لك فى صفقتك» ذكره الآمدى، والمصنف، وغير واحد. وصححه فى الرعاية. وقدمه فى الفروع. وكذا لو دعا له بالمغفرة ونحوه. وفيهما احتمال تسقط بذلك.

الثانية: الحاضر المريض والمحبوس كالغائب فى اعتبار الإشهاد. فإن ترك ففى السقوط مامر من الخلاف.

الثالثة: لو نسى المطالبة أو البيع أو جهلها. فهل تسقط الشفعة؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى الفروع.

قال فى المغنى[2]: إذا ترك الطلب نسيانًا له، أو للبيع، أو تركه جهلا باستحقاقه: سقطت شفعته. وقدمه فى الشرح[3].

وقاسه هو والمصنف فى المغنى[4] على الرد بالعيب. فيه نظر.

وفيه وجه آخر: أنها لا تسقط.

قلت: وهو الصواب.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فإذا لقيه بدأ السلام لأن ذلك السنة وقد جاء فى حديث " من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه) المغنى (٤٧٩/٥). والشرح (٤٧٥/٥) والكافى (٢٣٤/٢).

(٢) ذكره فى المغني فقال (تسقط شفعته لأنها خيار على الفور فإذا أخره نسياناً بطل كالرد بالعيب وكذا إن تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب) المغنى (/٤٨٢).

(٣) قدمه فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٨٢/٥).

(٤) ذكره فعلا صاحب الشرح والمغنى قياسا على الرد بالعيب حيث قال فى الشرح: (وإن تركها جهلاً لاستحقاقه لها إذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كالرد بالعيب) الشرح والمغنى (٤٨٢/٥).

قال الحارثى: وهو الصحيح. وقال: يحسن بناء الخلاف على الروايتين فى خيار المعتقة تحت العبد، إذا مكنته من الوطء جهلا بملكها للفسخ، على ما يأتى.

وإن أخره جهلا بأن التأخير مسقط.فإن كان مثله لايجهله:سقطت لتقصيره، وإن كان مثله يجهله. فقال فى التلخيص: يحتمل وجهين.

أحدهما: لا تسقط.

قال الحارثى: وهو الصحيح. وجزم به فى الرعايتين، والنظم، والفائق.

قلت: وهو الصواب.

والوجه الثانى: تسقط

ويأتى فى كلام المصنف: «إذا باع الشفيع ملكه قبل علمه».

ولو قال: «لِـهِ بكم اشتريت؟» أو«اشتريت رخيصًا» فهل تسقط الشفعة؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية، والفروع.

قلت: قواعد المذهب تقتضى سقوطها مع علمه

قوله: ﴿وَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ لِكَوْنِ المشْتَرِى غَيْرَهُ. فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ هُوَ: فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ﴾.

وهذا المذهب. جزم به فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح الحارثى، وابن منجا، والتخليص، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وتذكره ابن عبدوس، وغيرهم.

وفيه وجه آخر: أنها تسقط. وأطلقهما فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ: سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ﴾.

إذا أخبره عدل واحد فلم يصدقه: سقطت شفعته.

على الصحيح من المذهب. جزم به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى المغنى[٣]، الشرح[٤]، والتلخيص، والرعايتين، والفائق، والحاوى الصغير، وغيرهم.

---

(١) ذكره فى المغنى حيث قال: (لم تسقط الشفعة لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته) المغنى (٤٨١/٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٧٩/٥).

(٣) ذكر فى المغنى فقال: (وكان المخبر من يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفعته لأن قولهما حجة تثبت بها الحقوق) المغنى (٤٨٠/٥).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٨٠/٥).

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وقيل: لا تسقط. وهو وجه ذكره الآمدى، والمجد. وصححه الناظم. وهما احتمالان لابن عقيل، والقاضى.

قال فى التلخيص: بناء على اختلاف الروايتين فى الجرح والتعديل والمسألة: هل يقبل منها خبر الواحد أم يحتاج إلى اثنين؟.

قلت: الصحيح من المذهب: أنه لابد فيهما من اثنين، على ما يأتى فى باب طريق الحكم وصفته فى كلام المصنف.

والذى يظهر: أنهما ليسا مبنيان عليهما. لأن الصحيح هنا غير الصحيح هناك وأطلقهما فى المحرر(١)، والفروع.

تنبيهان

أحدهما: المرأة كالرجل، والعبد كالحر، على الصحيح من المذهب(٢). وعليه أكثر الأصحاب.

وقال القاضى: هما كالفاسق. وقدمه فى الفائق.

قال الحارثى: وإلحاق العبد بالمرأة والصبى غلط. لكونه من أهل الشهادة بغير خلاف فى المذهب. انتهى.

وإن أخبره مستور الحال سقطت. قدمه فى الفائق.

وقيل: لا تسقط. وأطلقهما فى الفروع.

وإن أخبره فاسق أو صبى: لم تسقط شفعته.

إذا علمت ذلك: فإذا ترك تكذيبًا للعدل أو العدلين على مامر: بطلت شفعته.

قال الحارثى: هذا ما أطلق المصنف هنا. وجمهور الأصحاب.

قال: ويتجه التقييد بما إذا كانت العدالة معلومة أو ظاهرة لا تخفى على مثله.

أما إن جهل، أو كانت بمحل الخفاء أو التردد: فالشفعة باقية لقيام العذر.

---

(١) لم يطلق فى المحرر ولكنه جزم ببطلان شفعته حيث قال: (ولو ترك الطلب تكذيبا للغير بطلت شفعته إن أخبره اثنان يقبل خبرهما) المحرر (١/٣٦٥).

(٢) جزم بذلك صاحب المغنى حيث قال: (ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحر كالرواية والأخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداه فأشبه الحر) المغنى (٥/٤٨٠). والشرح (٥/٤٨١). والكافى (٢/٢٣٥).

هذا كله إذا لم يبلغ الخبر حد التواتر. أما إن بلغ: فتبطل الشفعة بالترك ولابد. وإن كانوا فسقة، على ما لا يخفى. انتهى.

التنبيه الثاني: محل ما تقدم: إذا لم يصدقه.

أما إن صدقه، ولم يطالب بها: فإنها تسقط[١]. سواء كان المخبر ممن لا يقبل خبره أو يقبل. لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن. قطع به المصنف والشارح وغيرهما.

قوله: ﴿أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِى: بِعْنِى مَا اشْتَرَيْتَ، أَوْ صَالِحْنِى: سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ﴾.

إذا قال للمشترى: بعنى ما اشتريت، أو هبه لى، أو ائتمنى عليه: سقطت. شفعته. على الصحيح من المذهب. وقطع به الأصحاب. منهم صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[٢]، والشرح[٣]، والنظم، والوجيز، وغيرهم، والحارثى. وقال: يقوى عندى انتفاء السقوط، كقول أشهب صاحب الإمام مالك رحمهما الله.

وإن قال: صالحنى عليه، سقطت شفعته أيضًا، على الصحيح من المذهب. قطع به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة،والوجيز، وغيرهم.

وقدمه فى المغنى[٤]، والشرح[٥]. ونصراه هنا. وجزم به فى الشرح فى باب الصلح.

وكذا جزم به هناك صاحب التلخيص وغيره.

قال فى الرعايتين، والحاويين: تسقط الشفعة فى أصح الوجهين.

وقيل: لا تسقط. اختاره القاضى، وابن عقيل. قاله الحارثى. وأطلقهما فى المحرر[٦]، والفروع، والفائق هناك. وأطلقهما فى النظم أيضًا.

---

(١) قال فى الشرح: (لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه) الشرح (٤٨٠/٥) والمغنى (٤٧٩/٥). والكافى (٢٣٥/٢).

(٢) قال فى المغنى: (لأنه رضى بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضى به ولو ثبت العوض كما لو قال بعنى فلم يبعه ولأن ترك المطالبة بها كاف فى سقوطها فمع طلب عوضها أولى) المغنى (٤٨٢/٥).

(٣) وكذلك فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٨١/٥).

(٤) ذكره صاحب المغنى فقال: (وإن قال صالحنى على مال سقطت لأنه رضى بتركها وطلب عوضها) المغنى (٤٨٢/٥).

(٥) وكذلك فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٨١/٥).

(٦) قال فى المحرر فى باب الصلح: (ولا يصح الصلح معوضًا عن الشفعة – وهل تسقط به على وجهين) المحرر (٣٤٢/١).

وتقدم ذلك في باب الصلح.

تنبيه: محل الخلاف: في سقوط الشفعة، وهو واضح.

أما الصلح عنها بعوض: فلا يصح. قولاً واحداً. قاله الأصحاب. وجزم به المصنف، وغيره في باب الصلح.

فائدة: لو قال: بعه ممن شئت، أو وَلِّهِ إياه، أو هبه له، ونحو هذا: بطلت الشفعة.

وكذا لو قال: أكْرِني، أو ساقني، أو اكترى منه أو ساقاه.

وإن قال: إن باعني، وإلا فلى الشفعة. فهو كما لو قال: بعني. قدمه الحارثي.

وقال: ويحتمل أنه إن لم يبعه: أنها لا تسقط.

ولو قال له المشترى: بعتك، أو وليتك. فقبل: سقطت.

قوله: ﴿وَإِنْ دَلَّ فِي الْبَيْعِ أَوْ تَوَكَّلَ لأَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ. فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ﴾.

وإن دل على البيع أي: صار دلالا. وهو السفير في البيع. فهو في شفعته قولا واحدًا، وإن توكل لأحد المتبايعين فهو على شفعته أيضًا. على الصحيح من المذهب. جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر[1]، والوجيز، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم. واختاره الشريف، وغيره.

قال الحارثي: قال الأصحاب: لا تبطل شفعته. منهم: القاضي في المجرد وغيره.

قال في الفروع: لا تسقط بتوكيله في الأصح. وقدمه في المغني[2]، والشرح[3]. ونصراه.

وقيل: تسقط الشفعة بذلك.

وقيل: لا تسقط إذا كان وكيلا للبائع.

وقيل: لا تسقط إذا كان وكيلاً للمشترى. اختاره القاضي. قاله المصنف.

قال الحارثي: وحكاية القاضي يعقوب: عدم السقوط. وكذا هو في المجرد وغيره.

---

(١) جزم به صاحب المحرر فقال: (وإذا دل في البيع أو توكل فيه لاحدهما لم تسقط شفعته). المحرر (٣٦٥/١).

(٢) ذكره في المغني كما في الشرح، المغني (٥٤٢/٥).

(٣) قدمه صاحب الشرح (فقال: لم تسقط شفعته بذلك سوا توكل للبائع أو للمشترى لأنه وكيل فلا تسقط شفعة كالأجر ولا نسلم ان الملك ينتقل إلى الوكيل به ينتقل إلى الموكل ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبت في ملكه إنما ينتقل في الحال إلى الموكل فلا يكون الأخذ من نفسه ولا الإستحقاق عليها) الشرح (٤٨٣/٥).

وهذا وأمثاله غريب من الحارثى. فإنه إذا لم يطلع على المكان الذى نقل منه المصنف: تكلم فى ذلك، واعترض على المصنف. وهذا غير لائق. فإن المصنف ثقة، والقاضى وغيره له أقوال كثيرة فى كتبه. وقد تكون فى غير أماكنها.

وقد تقدم له نظير ذلك فى مسائل.

قال الحارثى: ومن الأصحاب من قال فى صورة البيع: ينبنى على اختلاف الرواية فى الشراءِ من نفسه. إن قلنا: لا. فلا شفعة. وإن قلنا نعم. فنعم.

قوله: ﴿وَإِنْ أَسْقَطَ الشُّفْعَةَ قَبْلَ الْبَيْعِ لَمْ تَسْقُطْ﴾.

هذا المذهب. نص عليه. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفروع، وشرح الحارثى، وغيرهم.

قال الزركشى: عليه الأصحاب.

﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطْ﴾.

وهو رواية عن الإمام أحمد. ذكرها أبو بكر فى الشافى. واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله، وصاحب الفائق. وأطلقهما فى المحرر(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والقواعد.

قوله: ﴿وَإِنْ تَرَكَ الوَلِىُّ شُفْعَةً لِلصَّبِىِّ فِيهَا حَظٌّ: لَمْ تَسْقُطْ. وَلَهُ الأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ. وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الحَظِّ فِيهَا: سَقَطَتْ﴾.

هذا أحد الوجوه. اختاره ابن حامد، والشيخ تقى الدين. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والوجيز. وقدمه فى النظم.

قال الحارثى: هذا ماقاله الأصحاب.

قال الزركشى: اختاره ابن حامد. وتبعه القاضى، وعامة أصحابه.

وقيل: تسقط مطلقا. وليس للولد الأخذ إذا كبر. اختاره ابن بطة. وكان يفتى به. نقله عنه أبو حفص. وجزم به فى المنور.

وقيل: لا تسقط مطلقا. وله الاخذ بها إذا كبر. وهو المذهب. نص عليه. وهو ظاهر كلام الخرقى؟

---

(١) قدمه صاحب المغنى حيث قال: (لم تسقط وله المطالبة بها متى واجب البيع وهذا ظاهر المذهب ووجه ذلك أنه ابسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أبرأ مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج) المغنى (٥٤١/٥).

(٢) قدمه فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٨٣/٥).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب المحرر حيث قال: (وإن أسقطها قبل البيع فروايتان) المحرر (٣٦٥/١).

قال في المحرر[1]: اختاره الخرقي.

قال في الخلاصة: وإذا عفا ولي الصبي عن شفعته: لم تسقط. وقدمه في المحرر[2]، والفائق.

قال الحارثي: هذا المذهب عندى، وإن كان الأصحاب على خلافه. لنصه في خصوص المسألة، على ما بينا.

قال في الفروع: فنصه لا تسقط. وقيل: بلى.

وقيل: مع عدم الحظ. وأطلقهن ابن حمدان في الرعاية الكبرى، والزركشي.

فوائد

منها: لو بيع شِقصْ في شركة حمل. فالأخذ له متعذر، إذْ لا يدخل في ملكه بذلك. قاله الحارثي، وقدمه. قال في القاعدة الرابعة والثمانين: ومنها الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات مورثه بعد المطالبه. قال الأصحاب: لايؤخذ له.

ثم منهم: من علل بأنه لا يتحقق وجوده. ومنهم: من علل بانتفاء ملكه.

قال: ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة، بناء على أن له حكما وملكا. انتهى.

وقال في المغنى[3]، والشرح[4]: إذا ولد وكبر: فله الأخذ، إذا لم يأخذ له الولى كالصبي.

ومنها: لو أخذ الولى بالشفعة، ولاحظ فيها: لم يصح الأخذ، على الصحيح من المذهب والروايتين، وإلا استقر أخذه.

ومنها: لو كان الأخذ أحظ للولد: لزم وليه الأخذ. قاله المصنف، والشارح. وقطع به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. ذكروه آخر باب الحجر.

قال الحارثي: عليه الأصحاب.

وقال الزركشي، وقال غير المصنف: له الأخذ من غير لزوم.

---

(١) ذكره في المحرر بنصه حيث قال: (ولو ترك الوصى شفعة الصبى فهى له إذا بلغ نص عليه. واختاره الخرقى) المحرر (٣٦٥/١).

(٢) قدمه في المحرر (٣٦٥/١).

(٣) ذكره في المغنى (٤٩٨/٥).

(٤) ذكره في الشرح فقال: فللصبى الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولى غرم لذلك، الشرح (٤٨٦/٥).

وكأنه لم يطلع على ما قالوه فى الحجر فى المسألة بخصوصها.

وعلى كلا القولين يستقر أخذه. ويلزم فى حق الصبى.

ولو تركها الولى مصلحة: إما لأن الشراء وقع بأكثر من القيمة، أو لأن الثمن يحتاج إلى إنفاقه أو صرفه فيما هو أهم، أو لأن موضعه لا يرغب فى مثله، أو لأن أخذه يؤدى إلى بيع ما إبقاءوه أولى، أو إلى استقراض ثمنه ورهن ماله، أو إلى ضرر وفتنة. ونحو ذلك: فالترك متعين.

وهل يسقط به الأخذ عند البلوغ؟ وهو مقصود المسألة.

قال المصنف عن ابن حامد: نعم. واختاره ابن بطة، وأبو الفرج الشيرازى. ومال إليه فى المستوعب.

قال ابن عقيل: وهو أصح عندى.

قال فى الفروع: لم يصح على الأصح.

قال القاضى فى المجرد: ويحتمل عدم السقوط، ومال إليه. وقال: هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور. واختاره الحارثى.

وقال أبو بكر فى التنبيه: يحكم للصغير بالشفعة إذا بلغ. ونحوه عبارة ابن أبى موسى. وتقدم معنى ذلك قبل ذلك.

ومنها: لو عفا الولى عن الشفعة التى فيها حظ له. ثم أراد أخذها: فله ذلك فى قياس المذهب. قاله المصنف، والشارح.

قلت: فقد يعايى بها.

ولو أراد الولى الأخذ فى ثانى الحال، وليس فيها مصلحة: لم يملكه. لاستمرار المانع.

وإن تجدد الحظ، فإن قيل بعدم السقوط: أخذ. لقيام المقتضى وانتفاء المانع. وإن قيل بالسقوط: لم يأخذ بحال. لانقطاع الحق بالترك. ذكره المصنف، وغيره.

ومنها: حكم ولى المجنون المطبق[1]، والسفيه: حكم ولى الصغير. قاله الأصحاب.

تنبيه: المطبق: هو الذى لاترجى إفاقته. حكاه ابن الزاغونى. وقال: هو الأشبه بالصحة، وبأصول المذهب. لأن شيوخنا الأوائل قالوا فى المغصوب الذى يجزى أن

---

(١) ذكره فى الشرح فقال: (والحكم فى المجنون المطبق كالحكم فى الصبى سوأ لأنه محجور عليه لحظة وكذلك السفيه) الشرح (٤٨٩/٥) والمغنى (٤٩٨/٥).

يحج عنه: هو الذى لا يرجى برؤه.

وحكى عن قوم تحديد المطبق بالحول فما زاد، قياساً على تربص الُعنْة.

وعن قوم التحديد بالشهر. وما نقص ملحق بالإغماء. ذكر ذلك الحارثى.

ومنها: حكم المغمى عليه، والمجنون غير المطبق: حكم المحبوس والغائب ينتظر إفاقتهما.

ومنها: للمفلس الأخذ بها، والعفو عنها. وليس للغرماء إجباره على الأخذ بها ولو كان فيها حظ(١). قطع به المصنف، والشارح، وغيرهما.

قال الحارثى: ويتخرج من إجباره على التكسب: إجباره على الأخذ إذا كان أحظ للغرماء. انتهى.

وليس لهم الأخذ بها.

ومنها: للمكاتب الأخذ والترك. وللمأذون له من العبيد: الأخذ دون الترك. وإن عفا السيد: سقطت.

ويأتى آخر الباب: هل يأخذ السيد بالشفعة من المكاتب والعبد المأذون له.

فائدة: قوله: ﴿الشَّرْطُ الرَّابِعُ: أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ المبِيع﴾.

قال الحارثى: هذا الشرط كالذى قبله، من كونه ليس شرطا لأصل استحقاق الشفعة. فإن أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ. والنظر فى كيفية الأخذ: فرع استقراره. فيستحيل جعله شرطا لثبوت أصله.

قال: والصواب، أن يجعل شرطا للاستدامة، كما فى الذى قبله. انتهى.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ. فَالشُّفْعَةُ بينهما على قدر مِلْكَيْهِمَا﴾.

هذا المذهب. نص عليه فى رواية إسحاق بن منصور. وعليه جماهير الأصحاب

قال المصنف فى المغنى، والكافى(٢)، والشارح، وغيرهم: هذا ظاهر المذهب.

قال الحارثى: المذهب عند الأصحاب جميًا: تفاوت الشفعة بتفاوت الحصص

---

(١) قال فى الشرح: (أما المفلس فله الأخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لهم إجباره على العفو لأنه إسقاط حق فلا يجبر وسواء كان له حظ فى الأخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ فى ذمته وليس بمحجور عليه فى ذمته) الشرح (٤٨٩/٥)، وكذلك صاحب المغنى (٤٩٨/٥).

(٢) ذكره صاحب الكافى (فقال: فالشفعة بينهم على قدر حصصهم فى الملك فى ظاهر المذهب: لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط على قدره كالإجارة والثمرة) الكافى (٢٣٦/٢).

قال في الفائق: الشفعة بقدر الحق. في أصح الروايتين.

قال الزركشي: هذا الصحيح المشهور من الروايتين. وجزم به ابن عقيل في تذكرته، وصاحب الوجيز، وغيرهما.

وقدمه في الفروع، وقال: اختاره الأكثر.

قلت: منهم الخرقي، وأبو بكر، وأبو حفص، والقاضي.

قال الزركشي: وجمهور أصحابه.

وعنه: الشفعة على عدد الرءوس. اختاره ابن عقيل. فقال في الفصول: هذا الصحيح عندي.

وروى الأثرم عنه الوقف في ذلك. حكاه الحارثي.

فائدة: قوله: ﴿فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ: لَمْ يَكُنْ لِلآخَرِ أَنْ يأخذ إِلاَّ الْكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ﴾.

وهذا بلا نزاع[1]. وحكاه ابن المنذر إجماعاً.

وكذا لو حضر أحد الشفعاء وغاب الباقون.

فقال الأصحاب: ليس له إلا أخذ الكل، أو الترك.

قال الحارثي: وإطلاق نص الإمام أحمد رحمه الله ينتظر بالغالب ـ من رواية حنبل ـ يقتضي الاقتصار على حصته.

قال: وهذا أقوى. والتفريع على الأول.

فقال في التلخيص: ليس له تأخير شيء من الثمن إلى حضور الغائبين.

وحكى المصنف، والشارح وجهين. وأطلقاهما.

أحدهما: لايؤخر شيئًا. فإن فعل بطل حقه من الشفعة.

والوجه الثاني: له ذلك. ولا يبطل حقه. وهو ما أورده القاضي، وابن عقيل.

فإن كان الغائب اثنين، وأخذ الحاضر الكل، ثم قدم أحدهما: أخذ النصف من الحاضر أو العفو.

---

(١) ذكره في الكافي فقال: (لئلا يتبعض صفقة المشتري) الكافي (٢٣٦/٢). وذكره في الشرح مجمعا عليه منقولًا عن ابن المنذر حيث قال: أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على هذا الشرح (٤٩٢/٥) والمحرر (٣٦٦/١). والمغني (٥٢٧/٥) والعمدة (٢٧٧).

فإن أخذ ثم قدم الآخر: فله مقاسمتهما. يأخذ من كل منهما ثلث ما فى يده هكذا قال القاضى، وابن عقيل، والمصنف، والشارح، وغيرهم. وقدمه الحارثى.

وقال ابن الزاغونى: القادم بالخيار بين الأخذ من الحاضر، وبين نقض شفعته فى حقه. فيأخذ من المشترى إن تراضوا على ذلك، وإلا نقض الحاكم كما قلنا. ولم يجبر الحاضر على التسليم إلى القادم.

قال: وهذا ظاهر المذهب فيما ذكر أصحابنا. حكاه فى كتاب الشروط.

ثم إن ظهر الشقص مستحقًا: فعهدة الثلاثة على المشترى. قاله القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم.

وكلام ابن الزاغونى: يقتضى أن عهدة كل واحد ممن تسلم منه.

وإذا أخذ الحاضر الكل. ثم قدم أحدهما، وأراد الاقتصار على حصته، وامتنع من أخذ النصف. فقال أصحابنا: له ذلك.

فإذا أخذه، ثم قدم الغائب الثانى. فإن أخذ من الحاضر سهمين ولم يتعرض للقادم الأول: فلا كلام. وإن تعرض، فقال الأصحاب ـ منهم: القاضى، والمصنف ـ له أن يأخذ منه ثلثى سهم. وهو ثلث ما فى يده.

قال الحارثى: وللشافعية وجه: يأخذ الثانى من الحاضر نصف ما فى يده. وهو الثلث. قال: وهو أظهر إن شاء الله.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِى شَرِيكًا: فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الآخَرِ﴾.

مثال ذلك: أن تكون الدار بين ثلاثة. فيشترى أحدهم نصيب شريكه. فالشقص بين المشترى وشريكه. قاله الأصحاب. ولا أعلم فيه نزاعًا(١).

لكن قال الحارثى: عبر فى المتن عن هذا بقوله: «فالشفعة بينه وبين الآخر» وكذا عبر أبو الخطاب وغيره. وفيه تجوز. فإن حقيقة الشفعة انتزاع الشقص من يد من انتقلت إليه. وهو متخلف فى حق المشترى. لأنه الذى انتقل إليه هذا.

قوله: ﴿وَإِذَا كَانَتْ دَارًا بين اثْنَيْنِ. فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ لأَجْنَبِى صَفْقَتَيْنِ. ثُمَّ عَلِمَ شَرِيكُهُ: فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالبَيْعَيْنِ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِأَحَدِهِما﴾.

---

(١) ذكره فى الشرح (فقال: وللآخر الأخذ بقدر نصيبه لأنهما تساويا فى الشركة فتساويا فى الشفعة كما لو اشترى أجنبى بل المشترى أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر إلى المشترى) الشرح (٤٩٥/٥). والمحرر (٣٦٦/١) والكافى (٢٣٦/٢). والعمدة (٢٧٧) المغنى (٥٢٥/٥)،

قاله الأصحاب. منهم القاضى، وابن عقيل، وغيرهما. وهى تعدد العقد.

قوله: ﴿فَإِنْ أَخَذَ بِالثَّانِي شَارَكَهُ المشْتَرِى فِي شُفْعَتِهِ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو الصحيح من المذهب. صححه فى النظم، وشرح الحارثى، والتصحيح. وجزم به فى المستوعب، والتلخيص، والفائق. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

والوجه الثانى: لا يشاركه فيها. اختاره القاضى، وابن عقيل.

وفيه وجه ثالث. وهو إن عفا الشفيع عن الأول: شاركه فى الثانى.

وأطلقهما فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخَذَ بِهِمَا لم يُشَارِكْهُ فِي شُفْعَةِ الأَوَّلِ﴾. بلا نزاع **﴿وَهَلْ يُشَارِكُه فى شُفْعَة الثَّانى؟ عَلَى وَجْهَيْن﴾.**

وأطلقهما فى المغنى(٣)، والشرح(٤)، وشرح ابن منجا، والفروع، والفائق.

أحدهما: يشاركه. صححه فى التصحيح، والنظم.

والوجه الثانى: لا يشاركه.

قال الحارثى: وهو الأصح.

قلت: وهو الصواب.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى اثنان حَقّ واحِدٍ. فَللشفيع أخذُ حَقِّ أحَدِهِمَا﴾.

إذا تعدد المشْترى والبائع واحد. بأن ابتاع اثنان ـ أو جماعة ـ شقصًا من واحد، فقال ابن الزاغونى فى المبسوط: نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان. فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما، وترك الباقى، كما قال المصنف وغيره من الأصحاب. وقطع به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة،

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى كما فى الشرح، والمغنى (٥/٥٣٣).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح على ثلاثة أوجه. الأول يشاركه: فيها – والثانى لا يشاركه لأن ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه والثالث: إن عفا الشفيع عن الأول شاركه فى الثانى وإن أخذ بجميعها لم يشاركه) الشرح (٥/٤٩٦).

(٣) ذكر الوجهين فى المغنى حيث قال: – وإن اخذ بها جميعا لم يشاركه لانه إذا عفا عنه استقر ملكه فشارك، المغنى (٥/٥٣٣).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٤٩٧).

والمغنى[١]، والمحرر[٢]، والحارثى، والشرح[٣]، والوجيز، والفروع، وغيرهم من الأصحاب وقدمه فى الرعاية، والفائق.

وقيل: هو عقد واحد. فلا يأخذ إلا الكل، أو يترك.

فائدتان

إحداهما: لو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة شقصًا من واحد: فالحكم كذلك. لتعدد من وقع العقد له. وكذا مالو كان وكيلاً لاثنين واشترى لهما.

وقيل: الاعتبار بوكيل المشترى. ذكره فى الرعاية.

الثانية: لو باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة. صفقة واحدة. فللشفيع الأخذ من الجميع، ومن البعض.

فإن أخذ من البعض: فليس لمن عداه الشركة فى الشفعة.

وإن باع كلًّا منهم على حدةٍ، ثم علم الشفيع فله الأخذ من الكل، ومن البعض.

فإن أخذ من الأول: فلا شركة للآخرين. وإن أخذ من الثانى: فلا شركة للثالث. وللأول: الشركة فى أصح الوجهين. قاله الحارثى. وجزم به فى التلخيص، وغيره. وفى الآخر: لا.

وإن أخذ من الثالث. ففى شركة الأولين الوجهان.

وإن أخذ من الكل. ففى شركة الأول فى الثانى والثالث. والثانى فى الثالث: وجهان.

فإن قيل: بالشركة والمبيع متساوى. فالسدس الأول للشفيع، وثلاثة أرباع الثانى وثلاثة أخماس الثالث. وللمشترى الأول ربع السدس الثانى، وخمس الثالث. وللمشترى الثانى الخمس الباقى من الثالث.

وتصح من مائة وعشرين. للشفيع: مائة وسبعة. وللمشترى الأول: تسعة. والثانى: أربعة.

وإن قيل بالرءوس. فللمشترى الأول: نصف السدس الثانى، وثلث الثالث.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٥/٥٣٠).

(٢) ذكره فى المحرر (١/٣٦٦).

(٣) ذكره فى الشرح فقال: (لأنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما القبض) الشرح (٥/٤٩٨).

وللثانى: الثلث الباقى من الثالث. فتصح من ستة وثلاثين. للشفيع: تسعة وعشرون. وللثانى: خمسة. وللثالث: اثنان. ذكر ذلك المصنف، وغيره. واقتصر عليه الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثنين، أو اشترى واحد شِقْصَيْنِ من أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً، وَالشَّرِيكُ واحدٌ. فَلِلْشفِيعِ أَخْذُ حَقّ أَحَدِهِمَا فِى أَصَحِّ الوجهين﴾.

ذكر المصنف هنا مسألتين.

إحداهما: تعدد البائع، والمشترى واحد. بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة. فللشفيع أخذ أحدهما. على الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال الحارثى: عليه الأصحاب حتى القاضى فى المجرد. لأنهما عقدان لتوقف نقل الملك عن كل واحد من البائعين على عقد. فمَلَكَ الاقتصار لا على أحدهما، كما لو كانا متعاقبين، أو المشترى اثنان. وجزم به فى الكافى[1]، والوجيز، وغيرهما. وصححه فى الخلاصة، وشرح حفيده، وغيرهما. وقدمه فى الهداية، والتلخيص، والمغنى[2]، والشرح[3]. ونصراه، وغيرهم.

والوجه الثانى: ليس له إلا أخذ الكل، أو الترك. اختاره القاضى فى الجامع الصغير، ورءوس المسائل. وأطلقهما فى المحرر[4]، والرعاية الكبرى.

وقيل: له أخذ أحدهما هنا دون التى بعدها. جزم به فى الفنون. وقاسه على تعدد المشترى بكلام يقتضى أنه محل وفاق. وأطلقهن فى الفروع. وهى تعدد البائع.

المسألة الثانية: التعدد بتعدد المبيع، بأن باع شقصين من دارين صفقة واحدة من واحد. فللشفيع أخذهما جميعًا. وإن أخذ أحدهما: فله ذلك. على الصحيح من المذهب.

قال الحارثى: هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وصححه فى الخلاصة، وحفيده فى شرحه، وغيرهما. وقدمه فى الهداية، والمذهب، المستوعب، والكافى[5]،

---

(١) جزم به فى الكافى (٢/٢٣٥).

(٢) ذكره فى المغنى وقدمه حيث قال: (فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر لأن عقد الاثنين مع واحد عقدان). المغنى (٥/٥٣٠).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٠٠).

(٤) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال: (وإن تعدد البائع أو المبيع واتحد العقد فعلى وجهين) .المحرر (١/٣٦٦)

(٥) ذكره فى الكافى (٢/٢٣٥).

والمغنى[١]، والشرح[٢]، ونصراه وغيرهم.

وهو من مفردات المذهب. جزم به ناظمها.

والوجه الثاني: ليس له أخذ أحدهما. وهو احتمال فى الهداية.

قال بعضهم: اختاره القاضى فى المجرد. وأطلقهما فى المحرر[٣]، والفروع، والرعاية. وهى تعدد المبيع.

فعلى هذا الوجه: إن اختار أحدهما سقطت الشفعة فيهما. لترك البعض مع إمكان أخذ الكل، وكما لو كان شقصًا واحدًا.

تنبيه: هذا إذا اتحد الشفيع. فإن كان لكل واحد منها شفيع: فلهما أخذ الجميع، وقسمة الثمن على القيمة. وليس لواحد منهما الانفراد بالجميع فى أصح الوجهين. ذكره المصنف، وغيره.

نعم له الاقتصار على ماهو شريك فيه بحصته من الثمن. وافقه الآخر بالأخذ أو خالفه.

وخرج المصنف، والشارح: انتفاء الشفعة بالكلية من مسألة الشقص، والسيف.

فائدة: بقى معنا للتعدد صورة. وهى: أن يبيع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة. فالتعدد واقع من الطرفين، والعقد واحد.

قال الحارثى: ولهذا قال أصحابنا: هى بمثابة أربع صفقات. وجزم به فى المغنى[٤]، والشرح[٥].

وقالا: هى أربعة عقود. إذْ عقد الواحد مع الاثنين عقدان. فللشفيع أخذ الكل، أو ماشاء منهما. وذلك خمسة أخيرَة: أخذ الكل، أخذ نصفه وربعه منهما. أخذ نصفه منهما. أخذ نصفه من أحدهما. أخذ ربعه من أحدهما. ذكره القاضى، وابن عقيل، وغيرهما.

وقيل: ذلك عقدان. قدمه فى الرعاية.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٥/٥٣١).

(٢) ذكره صاحب الشرح حيث قال: (وأما إذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك فيهما واحد فله أخذهما وتركهما لأنه شريك فيهما وله أخذهما دون الآخر) الشرح (٥/٥٠١).

(٣) أطلق صاحب المحرر حيث قال: (وإذا تعدد البائع أو المبيع واتحد العقد فعلى وجهين) المحرر (١/٣٦٦).

(٤) ذكره صاحب المغنى بنصه وتمامه هكذا كما جاء فى المغنى. (٥/٥٣٠).

(٥) ذكره أيضا صاحب الشرح بنصه وتمامه، الشرح (٥/٤٩٨).

قال فى الفائق: ولو تعدد البائع والمبيع، واتحد العقد والمشترى. فعلى وجهين:

قوله: ﴿وَإِن بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا، فللشفيع أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب[1]. نص عليه. وعليه الأصحاب: ويحتمل أن لا يجوز. وهو تخريج لأبى الخطاب فى الهداية، ومن بعده. بناء على تفريق الصفقه.

فائدة: أخذ الشفيع للشقص لا يثبت خيار التفريق للمشترى. قاله فى التلخيص، وغيره. واقتصر عليه الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ المبيع، فَلَهُ أَخْذُ البَاقِى بحصَّته من الثَّمَنِ﴾.

هذا المذهب مطلقًا، وعليه الأصحاب. إلا أن ابن حامد اختار: أنه إن كان تلفه بفعل الله تعالىٰ فليس له أخذه إلا بجميع الثمن كما نقله المصنف عنه.

فائدة: لو تعيب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن، مع بقاء عينه. فليس له الأخذ إلا بكل الثمن، أو الترك. قطع به المصنف فى المغنى[2]، وصاحب التلخيص، والشارح، وصاحب الرعايتين، والحاوى الصغير.

وفيه وجه آخر: له الأخذ بالحصة. اختاره القاضى يعقوب.

قال الحارثى: وأظن ـ أو أجزم ـ أنه قول القاضى فى التعليق. قال: وهو الصحيح.

قوله: ﴿الخَامِسُ: أن يَكُونَ للشَّفيع مِلْكٌ سَابِقٌ. فَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً. فَلا شُفْعَةَ لأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ﴾. بلا نزاع.

﴿فإن ادَّعَى كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ، فَتحَالَفَا أَوْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا فَلاَ شُفْعَةَ لَهُمَا﴾.

هذا المذهب[3] فى تعارض البينتين، على ما يأتى فى بابه.

فإن قيل باستعمالهما بالقرعة: فمن قرع حلف وقضى له.

وإن قيل باستعمالهما بالقسمة: فلا أثر لها ههنا، لأن العين بينهما منقسمة إلا أن

---

(١) ذكره فى الشرح فقال:(إذا باع شقصا مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب فى عقد واحد ثبتت الشفعة فى الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فتقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتها فلما يخص الشقص يأخذ به الشفيع لأن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة) الشرح (٥٠٢/٥) وكذلك فى المغنى (٥٠٨/٥) والكافى (٢٣٦/٢).

(٢) ذكره فى المغنى (٥٠٣/٥).

(٣) ذكره فى الشرح (فقال: إذا كانت دارين رجلين فادعى كل واحد منهما السبق على صاحبه أنه يستحق ما فى يده بالشفعة سئلا متى ملكاها فإن قالا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لأن الشفعة إنما ثبتت بملك سابق فى ملك متجدد بعده وإن كل واحد منهما ملك سابق ولأحدهما بينه بما ادعاه قضى له) انظر الشرح (٥٠٤/٥) وكذلك فى المغنى (٥٢٠/٥).

تتفاوت الشركة، فيفيد التنصيف، ولا يمين إذًا، على ما يأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: ﴿وَلاَ شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الوَقْفِ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

إذا بيع طَلقٌ فى شركة وقف: فهل يستحقه الموقوف عليه؟ لا يخلو: إما أن نقول يملك الموقوف عليه الوقف أولا؟.

فإن قلنا يملكه - وهو المذهب على ما يأتى - فالصحيح من المذهب هنا: أنه لا شفعة له. جزم به فى الوجيز وغيره. وقطع به أيضًا ابن موسى، والقاضى وابنه، وابن عقيل، والشريفان - أبو جعفر، والزيدى - وأبو الفرج الشيرازى فى آخرين. واختاره المصنف، وغيره. وصححه فى الخلاصة، والنظم. وقدمه فى المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والفروع، والفائق.

وقال أبو الخطاب: له الشفعة.

قال الحارثى: وجوب الشفعة على قولنا بالملك: هو الحق. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وأطلقهما فى المذهب، والمستوعب، والمحرر[(٣)]، والكافى[(٤)].

وإن قلنا: لايملك الموقوف عليه الوقف: فلا شفعة أيضًا. على الصحيح من المذهب. قطع به الجمهور. منهم القاضى، وأبو الخطاب، وصاحب المحرر[(٥)]، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، ومن تقدم ذكره فى المسألة الأولى، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقيل له: الشفعة. قال فى الرعاية الكبرى: وقيل: إن قلنا: القسمة إفراز، وجبت. وإلا فلا. انتهى.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يفيد إباحة التصرف فى الرقبة فلا يملك به ملكا تاما) المغنى (٥/٥٠٠).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٠٥).

(٣) ذكر الإطلاق فى المحرر فى باب الوقف حيث قال: (إذا لزم الوقف ملك الموقوف عليه رقبته فتلزمه زكاة ماشيته وأرش جنايته ويملك تزويج أمته وهل يستحق به الشفعة؟ على وجهين) المحرر (١/٣٧٠)

(٤) ذكر صاحب الكافى الوجهين فقال: (ذكر القاضى أنه لا شفعة لصاحب الوقف لأن ملكه غير تام فلا يتعين به ملكا تاما. وقال أبو الخطاب: هذا ينبنى على الروايتين فى ملك الوقف إن قلنا هو مملوك فلصاحبه الشفعة لأنه يلحقه الضرر من جهة الشريك فأشبه الطلق وإن قلنا ليس بمملوك فلا شفعة له لعدم ملكه) الكافى (٢/٢٤١).

(٥) ذكره صاحب المحرر. على رواية حيث قال: (أن رقبته ملك لله تعالى فتمنع الزكاة) المحرر (١/٣٧٠).

اختار في الترغيب إن قلنا: القسمة إقرار وجبت هي والقسمة بينهما.

فعلى هذا الأصح: يؤخذ بها موقوف جاز بيعه.

قال في التلخيص ـ بعد أن حكى كلام أبي الخطاب المتقدم ـ ويتخرج عندي ـ وإن قلنا: يملكه في الشفعة ـ وجهان مبنيان على أنه: هل يقسم الوقف، والطلق أم لا؟.

فإن قلنا: القسمة إفراز: قسم، وتجب الشفعة. وإن قلنا بيع فلا قسمة ولا شفعة. انتهى.

قال في القواعد ـ بعد أن حكى الطريقتين: ـ هذا كله مفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من الطلق.

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة: فلا شفعة. إذ لا شفعة في ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من العقار.

وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين على الخلاف في قبول القسمة. انتهى.

تنبيه: هذه الطريقة التي ذكرناها ـ وهي: إن قلنا الموقوف عليه يملك الوقف وجبت الشفعة، أو لا يملك فلا شفعة ـ هي طريقة أبي الخطاب، وجماعة

وللأصحاب طريقة أخرى. وهي أن الخلاف جار سواء قلنا: يملك الموقوف عليه الوقف أم لا. وهي طريقة الأكثرين. وهي طريقة المصنف هنا وغيره.

ومنهم من قال: إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة. وإن قيل بالملك: فوجهان. وهي طريقة صاحب المحرر[1]. واختاره في التلخيص. لكن بناه على ما تقدم.

قوله: ﴿وَإِنْ تَصَرَّفَ المشْتَرِى فِي المبِيع قَبْلَ الطَّلَبِ بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ وَكَذَا بِصَدَقَةٍ: سَقَطَتْ، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَهُ﴾.

نص عليه، وقلنا: فيه الشفعة على ما تقدم. وهذا المذهب في الجميع. نص عليه وعليه جماهير الأصحاب.

قال الحارثي: وقال أصحابنا: إن تصرف بالهبة أو الصدقة أو الوقف: بطلت الشفعة. وجزم به في الوجيز، وغيره. وصححه في الخلاصة، وغيرهما. وقدمه في

---

(١) ذكر هذه الطريقة صاحب المحرر انظر المحرر (١/ ٣٧٠).

الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وناظم المفردات. وهو منها.

فقال ـ بعد أن ذكر الوقف، والهبة، والصدقة:

جمهور الأصحاب على هذا النمط. والقاضى قال النص فى الوقف فقط.

وقال أبو بكر فى التنبيه، ولو بنى حصته مسجدًا كان البناء باطلا. لأنه وقع فى غير ملك تام له. هذا لفظه.

قال المصنف: القياس قول أبى بكر. واختاره فى الفائق.

قال الحارثى: وهو قوى جدًا.

وقال: حكى القاضى أن أبا بكر قال فى التنبيه: الشفيع بالخيار بين أن يقره على ما تصرف وبين أن ينقض التصرف. فإن كان وقفا على قوم فسخه، وإن كان مسجدا نقضه. اعتبارًا به لو تصرف بالبيع.

قال: وتبعه الأصحاب عليه.

ومن ضرورته: عدم السقوط مطلقًا، كما ذكره المصنف هنا عنه.

قال: و لم أر هذا فى التنبيه. إنما فيه ماذكرنا أولا، من بطلان أصل التصرف وبينهما من البون ما لايخفى. انتهى.

وقال فى الفائق: وخص القاضى النص بالوقف، و لم يجعل غيره مسقطًا. اختاره شيخنا. انتهى.

قال فى الفصول: وعنه لا تسقط. لأنه شفيع. وضعفه بوقف غصب أو مريض مسجدًا.

تنبيه: قال فى القاعدة الرابعة والخمسين: صرح القاضى بجواز الوقف والإقدام عليه. وظاهر كلامه فى مسألة التحيل على إسقاط الشفعة: تحريمه. وهو الأظهر. انتهى.

قلت: قد تقدم كلام صاحب الفائق فى ذلك فى أول الباب.

---

(١) ذكر صاحب المغنى فى هذه المسألة فقال: (إن تصرف المشترى فى الشقص لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجدا. فقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذى وقع به البيع به)

وقال القاضى: المنصوص عن أحمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة لأن الشفعة إنما تثبت فى المملوك وقد خرج عن كونه مملوكا ولأن فى الشفعة إضرار بالموهوب له والموقوف عليه) انظر المغنى (٥/٤٩٠).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٠٥).

فائدتان

إحداهما: لا يسقط رهنه الشفعة. على الصحيح من المذهب. وإن سقطت بالوقف والهبة والصدقة. قدمه فى الفروع. ونصره الحارثى.

وقيل: الرهن كالوقف والهبة والصدقة. جزم به فى الكافى(١)، والمغنى(٢) والوجيز. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

قال الحارثى: ألحق المصنف الرهن بالوقف والهبة. وهو بعيد عن نص الإمام أحمد رحمه الله. فإنه أبطل فى الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك. والرهن غير خارج عن الملك. فامتنع الإلحاق. انتهى.

وقال فى الفائق: وخص القاضى النص بالوقف. و لم يجعل غيره مسقطًا.

اختاره شيخنا ـ يعنى الشيخ تقى الدين رحمه الله.

وكلام الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ يقتضى مساواة الرهن والإجارة وكل عقد لا تجب الشفعة فيه للوقف.

قال ـ يعنى المصنف: ولو جعله صداقًا أو عوضًا عن خلع: انبنى على الوجهين فى الأخذ بالشفعة. انتهى.

وقدم فى الرعاية سقوطها بإجارة وصدقة.

الثانية: لو أوصى بالشقص. فإن أخذ الشفيع قبل القبول: بطلت الوصية واستقر الأخذ. ذكره المصنف، والشارح، والحارثى، وغيرهم.

وإن طلب و لم يأخذ بعد: بطلت الوصية أيضاً، ويدفع الثمن إلى الورثة. لأنه ملكهم. وإن كان الموصى له قَبِلَ أخذ الشفيع أو طلبه: فكما مر فى الهبة. تنقطع الشفعة بها على المذهب.

قال الحارثى: على المحكى عن أبى بكر ـ وإن كان لا يثبت عنه ـ لا تنقطع، وهو الحق. انتهى.

وهو مقتضى إطلاق المصنف فى المغنى.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَ فَلِلشفِيعِ الأَخْذُ بِأَى البَيْعَيْنِ شَاءَ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. والمشهور عند الأصحاب. وقطع به كثير منهم.

---

(١) ذكره فى الكافى حيث (عطف الرهن على الوقف والهبة ونحوه) الكافى (٢/٢٣٩).

(٢) عطف أيضا صاحب المغنى الرهن فى الحكم على الوقف والهبة فى تصرف المشترى المغنى (٥/٤٩٠).

وقال ابن أبى موسى: يأخذه ممن هو فى يده. وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى التذكرة. لأنه قال: إذا خرج من يده وملكه، كيف يسلم؟.

وقيل: البيع باطل. وهو ظاهر كلام أبى بكر فى التنبيه. قاله فى القاعدة الرابعة والعشرين.

وقال فى آخر القاعدة الثالثة والخمسين: وذكر أبو الخطاب أن تصرف المشترى فى الشقص المشفوع يصح، ويقف على إجازة الشفيع.

قوله: ﴿وَإِنْ فُسِخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ فَلِلشفِيعِ: أَخْذُهُ إِذَا تَقَايَلاَ الشِّقْصَ. ثُمَّ عَلِمَ الْمُشْتَرِى، إِنْ قُلْنَا: الإِقَالَةُ بَيْع. فَلَهُ الأَخْذُ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ﴾.

فإن أخذ من المشترى نقض الإقالة ليعود الشقص إليه. فيأخذ منه. وإن قلنا فسخ: فله الشفعة أيضًا. على الصحيح من المذهب.

قال الحارثى: ذكره الأصحاب ـ القاضى، وأبو الخطاب ـ وابن عقيل، والمصنف فى آخرين. انتهى.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والنظم، والمغنى[1]، والشرح[2]، والوجيز، وغيرهم وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال الحارثى: ثم ذكر القاضى، وابن عقيل، المصنف فى كتابيه: أنه يفسخ الإقالة، ليرجع الشقص إلى المشترى فيأخذ منه.

قال المصنف: لأنه لا يمكنه الأخذ معها.

وقال ابن أبى موسى: للشفيع انتزاعه من يد البائع.

قال الحارثى: والأول أولى. لأن الاستشفاع الانتزاع من يد المشترى. وهذا معنى قوله: «لا يمكن الأخذ معها».

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة.

وحمله القاضى على أن الشفيع عفا و لم يطالب. وتبعه ابن عقيل.

قال فى المستوعب: وعندى أن الكلام على ظاهره. ومتى تقايلا قبل.

---

(١) ذكره فى المغنى حيث قال: (فللشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليها. ولا يمكنه الاخذ معهما) المغنى (٥/٤٩١).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٠٨).

المطالبة بالشفعة: لم تجب الشفعة. وكذا قال صاحب التلخيص، وزاد: فيكون على روايتين.

قال الحارثى: والبطلان هو الذى يصح عن الإمام أحمد رحمه الله.

فائدة: لو تقايلا بعد عفو الشفيع، ثم عَّن له المطالبة: ففى المجرد والفصول إن قيل: الإقالة فسخ، فلا شىء له. وإن قيل: هى بيع، تجددت الشفعة. وأخذ من البائع لتجدد السبب. فهو كالعود إليه بالبيع الصريح. واقتصر عليه الحارثى.

وإن فسخ البيع بعيب قديم، ثم علم الشفيع وطالب مقدما على العيب. فقال المصنف هنا: له الشفعة. وكذا قال الأصحاب: القاضى، وأبو الخطاب، وابن عقيل فى آخرين.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والنظم، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والتلخيص، والفروع، وغيرهم.

وعنه ليس له الأخذ إذا فسخ بعيب. ذكره فى المستوعب، والتلخيص، أخذا من نصه فى رواية ابن الحكم فى المقايلة.

وأكثرهم حكاه قولاً، ومال إليه الحارثى.

فوائد

منها: لو باع شقصاً بعبد، ثم وجد العبد معيبًا. فقال فى المغنى[(٣)]، والمجرد، والفصول، وغيرهم: له رد العبد واسترجاع الشقص. ولا شىء للشفيع. واختار الحارثى ثبوت الشفعة له. انتهى.

قال الأصحاب: وإن أخذ الشفيع الشقص: ثم وجد البائع العيب: لم يملك استرداد الشقص. لأنه يلزم عنه بطلان عقد آخر.

قلت: فيعايى بها.

ولكن يرجع بقيمة الشقص. والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد. فإن ساوت

---

(١) ذكره فى المغنى وجزم فقال: (إذا رد المشترى الشقص بعيب فللشفيع ان ياخذ الشقص بالشفعة لأن حقه سابق عليهما) (٤٩١/٥).

(٢) ذكره أيضا فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥٠٨/٥).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: (ويقدم على حق الشفيع لأن فى تقديم حق الشفيع إضرار بالبائع بإسقاط حقه من الفسخ الذى استحقه والشفعة لا تثبت لإزالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر لايزال بالضرر) المغنى (٤٩٢/٥).

قيمة العبد فذاك. وإن زادت إحداهما على الأخرى. ففي رجوع باذل الزيادة من المشترى والشفيع على صاحبه وجهان. وأطلقهما فى المغنى[١]، والشرح[٢].

أحدهما: يرجع الزيادة. وهو الصحيح من المذهب. اختاره القاضى، وابن عقيل والمجد. وجزم به فى الكافى[٣]. وصححه فى الفروع.

والوجه الثانى: لايرجع.

وإن عاد الشقص إلى المشترى بعد دفع قيمته ببيع أو إرث أو هبة أو غيرها. ففى المجرد، والفصول: لايلزمه الرد على البائع، ولا للبائع استرداده.

قال فى المغنى، والشرح: ليس للشفيع أخذه بالبيع الأول. انتهيا.

وإن أخذ البائع الأرش و لم يرد. فإن كان الشفيع أخذ بقيمته صحيحًا، فلا رجوع للمشترى عليه. وإن أخذ بقيمته معيبًا، فللمشترى الرجوع بما أدى من الأرش. ذكره الأصحاب.

ولو عفا البائع مجانًا بالقيمة صحيحا. ففى المغنى[٤]، والشرح[٥]: لا يرجع للشفيع على المشترى بشيء. واقتصر عليه الحارثى.

وقيل: يرجع على المشترى بالأرش. وأطلقهما فى الفروع.

ومنها: لو اشترى شقصًا بعبد أو بثمن معين، وظهر مستحقًا: فالبيع باطل، ولا شفعة. وعلى الشفيع رد الشقص إن أخذه. وإن ظهر البعض مستحقًا بطل البيع فيه. وفى الباقى روايتا تفريق الصفقة.

ومنها: لو كان الشراء بثمن فى الذمة ونقده، فخرج مستحقًا: لم يبطل البيع، والشفعة بحالها. ويرد الثمن إلى مالكه. وعلى المشترى ثمن صحيح. فإن تعذر لإعسار

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: أحدهما: لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحا لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لأنه إنما أعطى عبدا معيبا. فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى، والثانى يتراجعان لان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى أستقر عليه العقد والذى استقر عليه العقد قيمة الشقص) المغنى (٥/٤٩٢).

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٠٩).

(٣) ذكره فى الكافى فقال: (وقد أخذه الشفيع بقيمة العبد فإن كانتا مختلفين رجع صاحب الأكثر على الآخر بتمام القيمة لأن الشفيع يأخذ بما استقر عليه العقد والذى استقر عليه العقد قيمة الشقص) الكافى (٢/٢٣٧).

(٤) ذكره فى المغنى حيث قال: (وإن عفا عنه و لم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشئ لان البيع لازم من جهة المشترى لا يملك فسخه فأشبه ما لوحط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد) المغنى (٥/٤٩٣).

(٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٠٩).

أو غيره. ففى المغنى[١]، والشرح[٢]: للبائع فسخ البيع. ويقدم حق الشفيع.

ومنها: لو كان الثمن مكيلا أو موزونًا، فتلف قبل قبضه بطل البيع، وانتفت الشفعة. فإن كان الشفيع أخذ الشفعة لم يكن لأحد استرداده. ذكره المصنف[٣]، والشارح.

ومنها: لو ارتد المشترى، وقتل أو مات. فللشفيع الأخذ من بيت المال. قاله الشارح: واقتصر عليه الحارثى.

قوله: ﴿أَوْ تَحَالَفَا﴾.

يعنى إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن ـ ولا بينة ـ وتحالفا، وتفاسخا، فلا يخلو: إما أن يكون قبل أخذ الشفيع أو بعده.

فإن كان قبل أخذ الشفيع ـ وهى مسألة المصنف ـ فللشفيع الأخذ. هذا المذهب، وعليه الأصحاب. وقطعوا به.

قال الحارثى: ويتخرج انتفاء الشفعة من مثله فى الإقالة والرد بالعيب، على الرواية المحكية وأولى.

فعلى المذهب: يأخذه بما حلف عليه البائع. لأنه مقر البيع بالثمن الذى حلف عليه، ومقر له بالشفعة، وإن وجد التفاسخ بعد أخذ الشفيع أقر بيد الشفيع، وكان عليه للبائع ما حلف عليه.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَإِنْ أَجَّرَهُ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ. وَلَهُ الأُجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ﴾.

أن الإجارة لا تنفسخ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه بالشفعة، وهو أحد الوجوه.

جزم به فى الشرح[٤]، وشرح ابن منجا، والنظم.

قال الحارثى: وفيه إشكال.

والوجه الثانى: تنفسخ من حين أخذه. وهو المذهب. جزم به فى المحرر[٥]،

(١) ذكره بنصه فى المغنى ثم عقب قائلا: (ويقدم حق الشفيع لأن الأخذ بها يحصل للمشترى ما يوفيه ثمنا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى) المغنى (٤٩٤/٥).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥١١/٥).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى (٤٩٣/٥).

(٤) جزم به فى الشرح (ثم قال: – لأنه صار ملكه بأخذه) الشرح (٥١١/٥).

(٥) جزم به فى المحرر فقال: (ولو أجره المشترى انفسخت الاجارة من حيث الأخذ) المحرر (٣٦٦/١).

والمنور، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الفروع، والرعايتين.

قال فى الفروع، وفى الإجارة فى الكافى: الخلاف فى هبة. انتهى. وأطلقهما فى الحاوى الصغير.

والوجه الثالث: للشفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها.

قال فى القاعدة السادسة والثلاثين: وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه فى مسألة إعارة العارية. قال: وهو أظهر. انتهى.

قال الحارثى: ويتخرج من الوجه الذى نقول: تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثانى فى الوقف، إجازة الشفيع هنا. إن أجازه: صح. وإلا بطل فى حقه بالأولى. قال: وهذا أقوى. انتهى.

وأطلق الأوجه الثلاثة فى القواعد. ولم يذكر الوجه الثالث فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ اسْتَغَلَّهُ فَالغَلَّة لَهُ﴾. بلا نزاع.

وإن أخذه الشفيع وفيه زرع، أو ثمرة ظاهرة: فهى للمشترى، مبقاة إلى الحصاد والجذاذ. يعنى بلا أجرة. وهذا المذهب.

قال المجد فى شرح الهداية: هذا أصح الوجهين لأصحابنا. وجزم به فى المغنى[1] والشرح[2]، وشرح ابن منجا، والتلخيص، و الرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى.

وقيل: تجب فى الزرع الأجرة، من حين أخذ الشفيع. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

قال ابن رجب فى القواعد: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب.

وهذا الوجه ذكره أبو الخطاب فى الانتصار.

قال فى الفروع: فيتوجه منه تخريج فى الثمرة.

قلت: وهو ظاهر بحث ابن منجا فى شرحه.

قال الحارثى ـ لما علل بكلامه فى المغنى ـ وهذا بالنسبة إلى وجوب الأجرة للشفيع

---

(١) انظر المغنى (٥/٥٠٢).

(٢) ذكره صاحب الشرح فقال: (وإن استغله المشترى فالغلة له لأنها نماء ملكه) الشرح (٥/٥١١).

فى المؤجر مشكل جدًا. فينبغى أن يخرج وجوب الأجرة هنا من وجوبها هناك.

تنبيه: مفهوم قوله: ﴿أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ﴾.

أن مالم يظهر يكون ملكا للشفيع. وذلك كالشجر إذا كبر، والطلع إذا لم يؤبر، ونحوهما. وهو كذلك. قاله الأصحاب. منهم القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول، والمصنف فى الكافى[١]، والمغنى[٢]، والشرح[٣]، وغيرهم.

فائدة: لو تأبر الطلع المشمول بالبيع فى يد المشترى: كانت الثمرة له. على الصحيح من المذهب. قطع به فى المغنى[٤]، والشرح[٥]، وغيرهما. وقدمه الحارثى، وفيه وجه: هى للشفيع.

قوله: ﴿وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِى وَكِيلُ الشَّفِيعُ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ لِكَوْنِهِ أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ، أَوْ نَحْوُهُ، وَغَرَسَ، أَوْ بَنَى: فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَدْفَعُ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْغِرَاسِ وَالبِنَاءِ، وَيَمْلِكَهُ، أَوْ يَقْلَعَهُ، وَيَضْمَنَ النَّقْصَ﴾.

إذا أبى المشترى أخذ غرسه وبنائه: كان للشفيع أخذ الغراس والبناء، والحالة هذه. وله القلع، وضمان النقص، على الصحيح من المذهب[٦]. وعليه أكثر الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه فى الفروع وغيره.

قال فى الانتصار: أو أقره بأجرة. فإن أبى فلا شفعة.

قال الحارثى: إذا لم يقلع المشترى: ففى الكتاب تخيير الشفيع بين أخذ الغراس والبناء بالقيمة، وبين قلعه وضمان نقصه. وهذا ماقاله القاضى وجمهور أصحابه.

---

(١) ذكره صاحب الكافى فقال: (إن نما المبيع نماء متصلا كغراس كبر وطلع زاد قبل التأبير أخذه الشفيع بزيادته لأنها تتبع الأصل فى الملك كما تتبعه فى الرد فإن كان المشترى إشترى الأصل والثمرة الظاهرة معا أخذ الشفيع الأصل بحصته من الثمن كالشقص والسيف) الكافى (٢/٢٤٠).

(٢) ذكره أيضا فى المغنى فقال: (فإن اشتراه دقة طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ويأخذ الأرض والنخيل بحصتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصا وسيفا) المغنى (٥/٥٠٣).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، انظر الشرح (٥/٥١٢).

(٤) جزم به فى المغنى فقال: (لأنها حدثت فى ملكه وتكون للمشترى مبقاه فى رؤس النخل إلى الجذاذ الأن أخذ الشفيع من المشترى شراء ثان فيكون حكمه حكم مالو اشترى برضاه) المغنى (٥/٥٠٣).

(٥) قطع به فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥١١).

(٦) ذكره فى الكافى فقال: (ويكون ذلك بأن يكون الشفيع غائبا فقاسم المشترى وكيله فى القسمة فلان الشفيع وقاسمه فبنى وغرس ثم أخذ الشفيع بالشفعة فإن اختار المشترى أخذ بنائه وغراسه لم يمنع منه لأنه ملكه فيملك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر، ولا ضمان النقص) الكافى (٢/٢٣٩). والمغنى (٥/٥٠٠) والشرح (٥/٥١٢).

قال: و لا أعرفه نقلا عن الإمام أحمد رحمه الله. وإنما المنقول عنه روايتا التخيير من غير أرش.

والأخرى - وهي المشهورة عنه: إيجاب القيمة من غير تخيير. وهو ما ذكره الخرقى، وابن أبى موسى، وابن عقيل فى التذكرة، وأبو الفرج الشيرازى. وهو المذهب.

زاد ابن أبى موسى: ولا يؤمر المشترى بقلع بنائه. انتهى.

قال فى الفروع: ونقل الجماعة: له قيمة البناء، ولا يقلعه.

ونقل سندى: أله قيمة البناء، أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء.

فائدة: إذا أخذه بالقيمة. قال الحارثى: يعتبر بذل البناء أو الغراس بما يساويه حين التقويم، لا بما أنفق المشترى، زاد على القيمة أو نقص. ذكره أصحابنا. انتهى.

وقال فى المغنى[١]، وتبعه الشارح: لا يمكن إيجاب قيمته باقيًا. لأن البقاء غير مستحق. ولا قيمته مقلوعًا. لأنه لو كان كذلك، لملك القلع مجانًا. ولأنه قد يكون لا قيمة له إذا قلع.

قالا: و لم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة.

والظاهر: أن الأرض تقوم مغروسة ومبنية، ثم تقوم خالية. فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء. وجزم بهذا ابن رزين فى شرحه.

قال المصنف[٢]، والشارح: ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقًا للترك بالأجرة، أو لأخذه بالقيمة، إذا امتنعا من قلعه. انتهيا.

قوله: ﴿فَإِن اخْتَارَ أَخْذَهُ فَأَرَادَ الْمُشْتَرِى - وَهُوَ صَاحِبُهُ - قَلْعَه: فَلَهُ ذَلِكَ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ﴾.

هذا أحد الوجهين. اختاره المصنف[٣]، والشارح.

وجزم به الخرقى، وابن عقيل فى التذكرة، والأدمى البغدادى، وابن منجا فى شرحه، وصاحب الوجيز.

والصحيح من المذهب: أن له القلع، سواء كان فيه ضرر أو لا. وعليه أكثر الأصحاب.

---

(١) ذكره صاحب المغنى بنصه وتمامه (٥/٥٠١).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه (٥/٥٠٢) .وكذلك فى الشرح (٥/٥١٤) والكافى (٢/٢٤٠).

(٣) ذكره فى المغنى (لأنه ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض لأنه غرس وبنى فى ملكه وما حدث من النقص إنما حدث فى ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن) المغنى (٥/٥٠١) وفى الكافى (٢/٢٣٩) والشرح (٥/٥١٣).

قال الحارثى: و لم يعتبر القاضى وأصحابه الضرر وعدمه.

قال الزركشى: وهو ظاهر كلام الأكثرين. بل الذى جزموا به: له ذلك. سواء أضر بالأرض، أو لم يضر. انتهى.

وقدمه فى الفروع، والتلخيص، والفائق.

تنبيه: قال الحارثى: وهذا الخلاف الذى أورده من أورده من الأصحاب مطلقا: ليس بالجيد. بل يتعين تنزيله: إما على اختلاف حالين. وإما على ما قبل الأخذ. وإنما أورده القاضى، وابن عقيل فى الفصول، على هذه الحالة لا غير.

وحيث قيل باعتبار عدم الضرر. ففيما بعد الأخذ، وهو ظاهر ما أورده فى التذكرة.

فائدتان

إحداهما: لو قلعه المشترى، وهو صاحبه: لم يضمن نقص الأرض. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى وغيره.

قال فى الفروع: لا يضمن نقص الأرض فى الأصح. وقدمه فى الشرح(١)، والفائق. وجزم به فى الكافى(٢). وعلله بانتفاء عدوانه، مع أنه جزم فى باب العارية بخلافه.

وقيل: يلزمه. وهو ظاهر كلام الخرقى. ومال إليه الحارثى. وقال: والكلام فى تسوية الحفر: كالكلام فى ضمان أرش النقص. وأطلقهما فى القاعدة الثامنة والسبعين.

الثانية: يجوز للمشترى التصرف فى الشقص الذى اشتراه بالغرس والبناء فى الجملة. وهو ظاهر كلام الأصحاب.

قال فى رواية سندى: ليس هذا بمنزلة الغاصب.

وقال فى رواية حنبل: لأنه عمر. وهو يظن أنه ملكه، وليس كما إذا زرع بغير إذن أهله.

قال الحارثى: إنما هذا بعد القسمة والتمييز، ليكون التصرف فى خالص ملكه. أما قبل القسمة: فلا يملك الغرس والبناء. وللشفيع إذا قلع الغرس والبناء مجاناً للشركة، لا للشفعة. فإن أحد الشريكين إذا انفرد بهذا التصرف كان للآخر القلع مجانًا.

---

(١) قدمه فى الشرح على قول القاضى فقال: (لأنه ملكه فليس عليه تسويه الحفر ولا نقص لأنه غرس وبنى فى ملكه وما حدث من النقص إنما حدث فى ملكه). الشرح (٥/٥١٣).

قال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل غرس نخلا فـي أرض بينـه وبين قوم مشاعًا؟ قال: إن كان بغير إذنهم قلع نخله. انتهى.

قلت: وهذا لاشك فيه.

قوله: ﴿وَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْكَهُ قَبْلَ العِلْمِ: لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. اختاره أبو الخطاب، وابن عبدوس فى تذكرته.

قال الحارثى: هذا أظهر الوجهين.

وصححه فى التصحيح، والنظم. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة.

والثاني: تسقط. اختاره القاضى فى المجرد. وأطلقهما فى التلخيص، والمحرر والشرح[1]، والرعاية، والفروع، والفائق.

فعلى المذهب: للبائع الثانى ـ وهو الشفيع ـ أخذ الشقص من المشترى الأول.

فإن عفا عنه: فللمشترى الأول أخذ الشقص من المشترى الثانى.

فإن أخذ منه: فهل للمشترى الأخذ من الثانى؟ على الوجهين. وهو قوله: «وللمشترى الشفعة فيما باعه الشفيع. فى أصح الوجهين» وهو المذهب. صححه المصنف، والشارح، والناظم، وصاحب الفائق. وجزم به فى الوجيز.

والوجه الثاني: لا شفعة له. وأطلقهما فى شرح الحارثى.

وعلى الوجه الثانى، فى المسألة الأولى: لا خلاف فى ثبوت الشفعة للمشترى الأول على المشترى الثانى فى مبيع الشفيع. لسبق شركته على المبيع، واستقرار ملكه.

تنبيه: مفهوم كلامه: أن الشفيع لو باع ملكه بعد علمه: أن شفعته تسقط. وهو صحيح، لا خلاف فيه أعلمه.

---

(١) ذكر الوجهين صاحب الشرح على اعتبار أنه إذا باع بعض ملكه ففيه وجهين. (أحدهما): تسقط أيضا لأنها استحقت بجميعه وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لأنها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح كما لو عفا عنها - والثانى: - لا تسقط لأنه قد يفى من نصيبه ما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقى، الشرح (٥/٥١٥).
وذكر فى الشرح - (تسقط شفعته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ولأن الشفعة تثبت لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ببيعه) الشرح (٥/٥١٥).

لكن لو باع بعضه عالمًا. ففى سقوط الشفعة وجهان. وأطلقهما فى المغنى[١]، والشرح[٢]، والفائق.

أحدهما: تسقط.

والثانى: لا تسقط. لأنه قد بقى من ملكه ما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد. فكذلك إذا بقى.

قال الحارثى: وهو أصح إن شاء الله تعالى. لقيام المقتضى. وهو الشركة.

وللمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى فى المسألة الأولى.

وفى الثانية: إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول، وإن قلنا: لا تسقط شفعة البائع. فله أخذ الشقص من المشترى الأول.

وهل للمشترى الأول شفعة على الثانى؟ فيه وجهان. وأطلقهما فى المغنى[٣] والشرح[٤].

أحدهما: له الشفعة.

قال المصنف فى المغنى[٥]: وهو القياس.

والوجه الثانى: لا شفعة له.

فعلى الأول: للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى، سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يأخذ. وللبائع الثانى ـ إذا باع بعض الشقص ـ الأخذ من المشترى

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال:(وإن باع بعضه ففيه وجهان. أحدهما: تسقط أيضا لأنها استحقت بجميعة فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبعض جميعا بسقوط بعضها كالنكاح والرق وكما لو عفى عن بعضها -و الثانى: لا تسقط لانه قد بقى من نصيبه ما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقى وللمشترى الأول الشفعة على المشترى) المغنى (٥/٤٨٣).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥١٥).

(٣) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (ففيه وجهان - أحدهما :- له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق نمائه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائد، - والثانى: - لا شفعة له لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه) المغنى (٥/٤٨٤).

(٤) ذكر الإطلاق فى الشرح (٥/٥١٥).

(٥) جزم به المصنف فى المغنى بعد ما ذكر الوجهين بالشفعة وسقوطها ثم أردف قائلا: والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق مثل الدخول والشقص الموهوب للولد فعلى هذا للمشترى الأول على المشترى الثانى) المغنى (٥/٤٨٤).

الأول فى أحد الوجهين. وأطلقهما فى المغنى[١] والشرح[٢].

فائدة: لو باع بعض الحصة جاهلا. فإن قيل بالشفعة فيما لو باع الكل فى هذه الحال. فلا كلام. وإن قيل بسقوطها فيه: فهنا وجهان. أوردهما القاضى، وابن عقيل.

وجههما: ما تقدم فى أصل المسألة.

قال الحارثى: والأصح جريان الشفعة بالأولى.

قوله: ﴿وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ: بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ، إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلَبِهَا فَتَكُونُ لِوَارِثِهِ﴾.

إذا مات الشفيع فلا يخلو: إما أن يكون قد مات قبل طلبها أو بعده.

فإن مات قبل طلبها: لم يستحق الورثة الشفعة. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب[٣]. ونص عليه مرارًا.

قال فى القواعد الفقهية: لا تورث مطالبة الشفعة من غير مطالبة ربها. على الصحيح من المذهب. وله مأخذان.

أحدهما: أنه حق له: فلا يثبت بدون مطالبته. ولو علمت رغبته من غير مطالبته لكفى فى الإرث. ذكره القاضى فى خلافه.

والمأخذ الثانى: أن حقه سقط بتركه وإعراضه، لاسيما على قولنا: إنها على الفور.

فعلى هذا: لو كان غائبًا فللورثة المطالبة. وليس ذلك على الأول. انتهى.

وقيل: للورثة المطالبة. وهو تخريج لأبى الخطاب.

ونقل أبو طالب: إذا مات صاحب الشفعة، فلولده أن يطلبوا الشفعة لمورثهم.

قال فى القواعد: وظاهر هذا: أن لهم المطالبة بكل حال. انتهى.

وإن مات بعد أن طالب بها: استحقها الورثة. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. ولا أعلم فيه خلافًا.

وقد توقف فى رواية ابن القاسم، وقال: وهو موضع نظر.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى (٥/٤٨٤).

(٢) وكذلك فى الشرح (٥/٥١٥).

(٣) إذا مات الشفيع قبل الطلب بطلت شفعته نص عليه. لأنه حق فسخ لا لفوات جزء فلم يورث كرجوع الأب فى هبته) ذكره فى الكافى (٢/٢٤١). والشرح (٥/٥١٦) والمغنى (٥/٥٣٦).

وتقدم نظير ذلك في آخر فصل خيار الشرط.

قال الحارثي: ثم من الأصحاب من يعلل بإفادة الطلب للملك. فيكون الحق موروثًا بهذا الاعتبار. وهي طريقة القاضي، وأبي الخطاب، ومن وافقهما على إفادة الملك.

ومنهم من يعلل بأن الطلب مقرر للحق. ولهذا لم تسقط بتأخير الأخذ بعده وتسقط قبله. وإذا تقرر الحق وجب أن يكون موروثًا. وهي طريقة المصنف، ومن وافقه على أن الطلب لا يفيد الملك. وهو مقتضى كلام الإمام أحمد رحمه الله.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن الشفيع لايملك الشقص بمجرد المطالبة. وهو أحد الوجوه. فلا بد للتملك من أخذ الشقص، أو يأتي بلفظ يدل على أخذه بعد المطالبة. بأن يقول: «قد أخذته بالثمن» أو: «تملكته بالثمن» ونحو ذلك. وهو اختيار المصنف(١). والشارح. وقدمه الحارثي، ونصره.

وقال: اختاره المصنف، وغيره من الأصحاب.

وقيل: يملكه بمجرد المطالبة إذا كان مليئًا بالثمن. وهو المذهب. اختاره القاضي، وأبو الخطاب، وابن عبدوس في تذكرته. وقدمه في الفروع، والمستوعب، والرعايتين، والحاوي الصغير.

قال الحارثي: وهو قول القاضي، وأكثر أصحابه، وصاحب التلخيص.

فيصح تصرفه قبل قبضه فيه.

وقيل: لا يملكه إلا بمطالبته وقبضه.

وقيل: لا يملكه إلا بحكم حاكم. اختاره ابن عقيل. وقطع به في تذكرته.

قال الحارثي: ويحصل الملك بحكم الحاكم أيضًا. ذكره ابن الصيرفي في نوادره. وقال به غير واحد. انتهى.

وقيل: لايملكه إلا بدفع ثمنه، مالم يصبر مشتريه، واختاره ابن عقيل أيضًا. حكاه في المستوعب، والتلخيص.

قال في القواعد: ويشهد له نص الإمام أحمد رحمه الله: إذا لم يحضر المال مدة طويلة. بطلت شفعته.

---

(١) قطع به المصنف في المغني حيث قال: (إذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يفتقر إلى حكم حاكم لأنه حق ثبت بالنص والإجماع. فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب ولأنه مال يتملكه قهراً مملكه بالأخذ كالغنائم والمباحات وباللفظ الدال على الأخذ لأنه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه) المغني (٥/٤٧٤) وكذلك ذكره في الشرح (٥/٥٣٨).

وقال فى الرعاية: الأصح أن له التصرف قبل قبضه وتملكه.

وقال فى التلخيص، والترغيب: للمشترى حبسه على ثمنه. لأن الملك بالشفعة قهرى، كالميراث، والبيع عن رضى.

ويخالفه أيضًا فى خيار الشرط. وكذا خيار مجلس من جهة شفيع بعد تملكه. لنفوذ تصرفه قبل قبضه بعد تملكه بإرث.

تنبيه: قوله: ﴿وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِى وَقَعَ عَلَيهِ العَقْدُ﴾[1].

قال الحارثى: فيه مضمر حذف اختصارًا. وتقديره: مثل الثمن، أو قدره. لأن الأخذ بعين الثمن المأخوذ به للمشترى غير ممكن. فتعين الإضمار.

وإذن فالظاهر إرادة الثانى، وهو القدر. لأنه تعرض لوصف التأجيل، والمثلية، والتقويم فيما بعد. فلو كان المثل مرادًا: لكان تكريرًا. لشمول «المثل» للصفة والذات. انتهى.

فوائد

منها: تنتقل الشفعة إلى الورثة كلهم على حسب ميراثهم. ذكره غير واحد منهم المصنف[2]، والشارح، والسامرى، وابن رجب، وغيرهم.

ومنها: لا فرق فى الوارث بين ذوى الرحم والزوج والمولى وبيت المال. فيأخذ الإمام بها. صرح به الأصحاب. قاله فى القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة.

ومنها: إشهاد الشفيع على الطلب حالة العذر يقوم مقام الطلب فى الانتقال إلى الورثة.

ومنها: شفيعان فى شقص. عفا أحدهما، وطالب الآخر، ثم مات. فورثه العافى: له أخذ الشقص بالشفعة. ذكره المصنف، وغيره.

قال المصنف: وكذا لو قذف رجل أمهما الميتة. فعفا أحدهما، وطالب الآخر ثم مات. فورثه العافى: كان له استيفاء الحد بالنيابة عن أخيه، إذا قيل بوجوب الحد بقذفها.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فلو تبايعا بقدر ثم غيراه فى زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير فى حق الشفيع لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذى هو ثابت حال استحقاقه) المغنى (٥/٥٠٦).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه حق مالى موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الإملاك أو على عدد الرؤس لأن هذا ينتقل إليهم من مورثهم) المغنى (٥/٥٣٧) والشرح (٥/٥١٧).

قوله: ﴿وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ: سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ﴾.

ولو أتى برهن أو ضامن: لم يلزم المشترى. ولكن ينظر ثلاثا. على الصحيح من المذهب: حتى يتبين عجزه.

نص عليه. وجزم به فى الرعاية الصغرى، والمحرر[1]، والحاوى الصغير، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس. وقدمه فى الفروع، والحارثى.

وعنه: لا ينظر إلا يومين. جزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، والتلخيص، والمستوعب.

وعنه: يرجع فى ذلك إلى رأى الحاكم.

قلت: وهذا الصواب فى وقتنا هذا.

فإذا مضى الأجل: فسخ المشترى. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى، والمصنف.

قال الحارثى: وهو أصح. وقدمه فى الفروع.

وقيل: إنما يفسخه الحاكم. قدمه فى الشرح[4]، والرعاية، والفائق.

وقيل: يتبين بطلانه. اختاره ابن عقيل.

قال الحارثى: والمنصوص من رواية الحمال: بطلان الشفعة مطلقا. وهو ماقال فى التلخيص، والمحرر[5].

فوائد

الأولى: المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع. لأنه دفع مال لغرض التملك. ولهذا اعتبر له العلم بالشقص وبالثمن. فلا يصح مع جهالتهما. ذكره المصنف، وغيره.

قال: وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة. ثم يتعرف مقدار الثمن. وذكر احتمالا

---

(١) قطع به فى المحرر فقال: (وإذا طلب الشفيع أن يمهل بالثمن أمهل اليومين والثلاثة فإن تعذر عليه سقطت شفعته) المحرر (٣٦٦/١).

(٢) قطع به المصنف فى المغنى على قول أحمد فى رواية حرب: (ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا) المغنى (٥١٠/٥).

(٣) قيده أيضا صاحب الشرح بيوم أو يومين كما فى المغنى رواية عن أحمد) .الشرح (٥٢١/٥).

(٤) قدمه صاحب الشرح حيث قال: - (ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها وإلا فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشترى) الشرح (٥٢٢/٥).

(٥) قطع به صاحب المحرر حيث قال: (فإن تعذر عليه سقطت شفعته) المحرر (٣٦٦/١).

بجواز الأخذ مع جهالة الشقص، بناء على جواز بيع الأعيان الغائبة.

الثانية: قال المصنف[١]، وغيره: إذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشترى تسليم الشقص حتى يقبض الثمن. وقاله فى التلخيص، وغيره. وفرق بينه وبين البيع.

الثالثة: لو تسلم الشقص والثمن فى الذمة، فأفلس. فقال المصنف، وغيره: المشترى مخير بين الفسخ والضرب مع الغرماء بالثمن، كالبائع إذا أفلس المشترى.

الرابعة: فى رجوع شفيع بأرش على مشترى عفا عنه بائع: وجهان. وأطلقهما فى الرعاية، والفروع.

قلت: الصواب عدم الرجوع. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. ثم وجدته فى المغنى، والشرح، وشرح ابن رزين، والحارثى. قطعوا بذلك.

وتقدم ذلك بعد قوله «وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة».

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً: أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيئًا، وَإِلاَّ أَقَامَ كَفِيلاً مَلِيئًا وَأَخَذَ بِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. ونص عليه.

لكن شرط القاضى فى الجامع الصغير، وغيره، وولده أبو الحسين، والقاضى يعقوب، وأبو الحسن بن بكروس: وصف «الثقة» مع «الملاءة» فلا يستحق بدونهما.

قال الحارثى: وليس ببعيد من النص.

فائدة: لو أخذ الشفيع بالأجل، ثم مات هو أو المشترى - وقلنا: يحل الدين بالموت - حل الثمن عليه، ولم يحل على الحى منهما. ذكره المصنف وغيره.

فائدة: قال الحارثى: إطلاق قول المصنف: «إن كان مؤجلا أخذه بالأجل إن كان مليئا» يقيد مالو لم يتفق طلب الشفيع إلا عند حلول الأجل أو بعده، أن يثبت له استئناف الأجل. وقطع به ونصره.

قوله: ﴿وإن كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا: أَعْطَاهُ مِثْلَهُ، إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ، وَإِلاَّ قِيمَتَهُ﴾.

اعلم أن الثمن لا يخلو[٢]: إما أن يكون مثليًا، أو متقومًا. فإن كان مثليًا: انقسم

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال:(لأنه تملك للمبيع بعوض فلا يقف على إحضار العوض كالبيع أما التسليم فالتسليم فى الشفعة مثله) المغنى (٥/٥١٠).

(٢) ذكره فى المغنى: فقال: لحديث جابر أن النبى ﷺ (قال: هو أحق بالثمن) رواه أبو إسحاق. ولأن الشفيع استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشترى. وإذا كان مما لا مثل له كالنبات -

إلى نقد وعرض. وأيًّاما كان فالمماثلة فيه تتعلق بأمور.

أحدها: الجنس. فيجب مثله من الجنس: كالذهب، والفضة، والحنطة، والشعير، والزيت، ونحوه. وإن انقطع المثل حالة الأخذ: انتقل إلى القيمة. كما في الغصب. حكاه ابن الزاغوني محل وفاق.

وفي أصل المسألة رواية: أنه يأخذ بقيمة المكيل والموزون، تعذر المثل أولا وأما المذروع ـ كالثياب ـ فقال ابن الزاغوني في شروطه: القول فيه كالقول في المكيل والموزون. إلا أن القول فيه هنا مبني على السلم فيه. فحيث صححنا السلم فيه: أخذ مثلها، إلا على الرواية في أنها مضمونة بالقيمة فيأخذ الشفيع بالقيمة.

وحيث قلنا: لا تصح بأخذ القيمة، والأولى: القيمة. انتهى.

قال الحارثي: والقيمة اختيار المصنف، وعامة الأصحاب.

وأما المعدود ـ كالبيض ونحوه ـ فقال ابن الزاغوني: ينبني على السلم فيه. إن قيل بالصحة: ففيه ما في المكيل، والموزون. وإلا فالقيمة.

الثاني: المقدار، فيجب مثل الثمن قدرًا من غير زيادة ولا نقص. فإن وقع العقد على ماهو مقدر بالمعيار الشرعي فذاك. وإن كان بغيره ـ كالبيع بألف رطل من حنطة ـ فقال في التلخيص: ظاهر كلام أصحابنا: أنه يكال ويدفع إليه مثل مكيله، لأن الربويات تماثلها بالمعيار الشرعي. وكذلك إقراض الحنطة بالوزن. قال: يكفي عندى الوزن هنا. إذ المبذول في مقابلة الشقص وقدر الثمن: معياره لا عوضه. انتهى.

تنبيه: تقدم في الحيل: إذا جهل الثمن ما يأخذ.

الثالث: الصفة في الصحاح، والمكسرة، والسود، ونقد البلد، والحلول، وضدها. فيجب مثله صفة.

وإن كان متقومًا ـ كالعبد، والدار، ونحوهما ـ فالواجب اعتباره بالقيمة يوم البيع.

وقال في الرعاية: يأخذ الشفيع الشقص بما استقر عليه العقد من ثمن مثلي أو قيمة غيره وقت لزوم العقد.

وقيل: بل وقت وجوب الشفعة. انتهى.

فائدة: لو تبايع ذميان بخمر، إن قلنا: ليست مالا لهم. فلا شفعة بحال. اختاره

=والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن لأنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثلي أما ان كان من غير الاتجاه كالحبوب والأدهان يأخذ الشفيع بمثله لأنه من ذوات الأمثال فهو كالأثمان) المغني (٥/٥٠٥). والكافي (٢/٢٣٧) والشرح (٥/٥٢٤). والعمدة (٢٧٧).

القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وغيرهم. واقتصر عليه الحارثى.

وإن قلنا: هى مال لهم. فأطلق أبو الخطاب، وغيره: وجوب الشفعة. وكذا قال القاضى وغيره.

ثم قال فى المستوعب، والتلخيص: يأخذ بقيمة الخمر، كما لو أتلف على ذمى خمرًا.

قوله: ﴿وَإِنْ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الثَّمَنِ فَالقَوْلُ قَوْلُ المشْتَرِى، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ﴾.

وهذا بلا نزاع. وعليه الأصحاب[1].

لكن لو أقام كل واحد ـ من الشفيع والمشترى ـ بينة بثمنه: فقال القاضى، وابنه أبو الحسين، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والشريف أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدى، وصاحب المستوعب: تقدم بينة الشفيع .

قال الحارثى: ويقتضيه إطلاق الخرقى، والمصنف هنا.وجزم به فى الرعايتين والحاوى الصغير والمستوعب، والهداية، والمذهب، والخلاصة.

وقيل: تتعارضان. وهو احتمال فى المغنى[2]. وقدمه ابن رزين فى شرحه.

وقيل: باستعمالهما بالقرعة. وأطلقهن فى الفروع.

ووجه الحارثى قولا: أن القول قول المشترى. لأنه قال: قول الأصحاب هنا مخالف لما قالوه فى بينة البائع والمشترى، حيث قدموا بينة البائع. لأنه مدع بزيادة. وهذا بعينه موجود فى المشترى هنا. فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك. انتهى.

فوائد

إحداها: لو قال المشترى: لا أعلم قدر الثمن. فالقول قوله. ذكره الأصحاب: القاضى وابن عقيل، والمصنف[3]، وغيرهم.

---

(١) ذكره فى الكافى (فقال: القول قول المشترى لأنه أعلم بالثمن ولأن المبيع ملكه فلا ينزع منه بدعوى مختلف فيها إلا ببينه) الكافى (٢٣٧/٢). والشرح (٥٢٥/٥). والمحرر (٣٦٧/١). والعمدة (٢٧٧). والمغنى (٥١٤/٥).

(٢) ذكر هذا الاحتمال فى المغنى حيث فقال: (وإن قال كل واحد منهما بينه احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما - ثم قال- ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعان فى العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين عبثا فى يد غيرهما) المغنى (٥١٥/٥).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى (فقال: فالقول قوله لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن =

قال القاضى، وابن عقيل: فيحلف أنه لا يعلم قدره. لأن ذلك وفق الجواب. وإذن لاشفعة. لأنها لا تستحق بدون البدل، وإيجاب البدل متعذر للجهالة.

ولو ادعى المشترى جهل قيمة العرض: فكدعوى جهل الثمن. ذكره المصنف وغيره.

وتقدم التنبيه على ذلك بعد ذكر الحيل أول الباب.

الثانية: لو قال البائع: الثمن ثلاثة آلاف. وقال المشترى: ألفان. وقال الشفيع: ألف، وأقاموا البينة. فالبينة للبائع. على ماتقدم، لدعوى الزيادة.

الثالثة: لو كان الثمن عرضًا. واختلف الشفيع والمشترى فى قيمته. فإن وجدَ قُوِّم. وإن تعذر: فالقول قول المشترى مع يمينه. قاله المصنف وغيره.

وإن أقاما بينة بقيمته. قال الحارثى: فالأظهر التعارض. ويحتمل تقديم بينة الشفيع.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ الْمشْترى: اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ، وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً: أَنَّهُ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، فَلِلشفِيعِ أَخْذِهِ بِالأَلْفِ﴾. بلا نزاع.

﴿فَإِنْ قَالَ الْمشْتَرِى: غَلِطْتُ﴾. أو نسيتُ، أو كذبتُ **﴿فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.**

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[1]، والتلخيص والشروح[2]، والفروع، والفائق.

أحدهما: يقبل قوله.

قال القاضى: قياس المذهب عندى: يقبل قوله، كما لو أخبر فى المرابحة، ثم قال: غلطت، بل هنا أولى. لأنه قد قامت بينة بكذبه.

قال الحارثى: هذا الأقوى.

قال فى الهداية ـ لما أطلق ـ بناء على المخبر فى المرابحة. إذا قال: «غلطت».

=نسى مبلغه). المغنى (٥/٥١٥). وذكره فى الكافى (٢/٢٣٧). والمحرر (١/٣٦٧). والعمدة (٢٧٧). الشرح (٥/٥٢٦).

(١) انظر المغنى (٥/٥٢١). ذكر الوجهين كما فى الشرح.

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح فقال: (فإن قال المشترى صدقت البينه وكنت كاذبا أو ناسيا ففيه وجهان – أحدهما :– لا يقبل رجوعه لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمى غيره فأشبه مالو أقر له بدين – والثانى: – يقبل قوله وقال القاضى: هو قياس المذهب) الشرح (٥/٥٢٧).

وقد تقدم أن أكثر الأصحاب قبلوا قوله في ادعائه غلطًا في المرابحة. وصححه هنا في التصحيح، والنظم. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: لا يقبل. قدمه ابن رزين في شرحه. وجزم به في الكافي[1]. واختاره ابن عقيل.

وهذا المذهب على ما اصطلحناه.

ونقل أبو طالب في المرابحة: إن كان البائع معروفًا بالصدق: قُبل قوله، وإلا فلا.

قال الحارثي: فيخرج مثله هنا.

وقال: ومن الأصحاب من أبى الإلحاق بمسألة المرابحة.

قال ابن عقيل: عندي أن دعواه لا تقبل. لأن مذهبنا أن الذرائع محسومة وهذا فتح لباب الاستدراك لكل قول يوجب حقًا.

ثم فرق بأن المرابحة كان فيها أمينًا، حيث رجع إليه في الإخبار بالثمن، وليس المشتري أمينًا للشفيع، وإنما هو خصمه. فافترقا.

وقال في الرعاية الكبرى: وقيل يتحالفان، ويفسخ البيع، ويأخذه بما حلف عليه البائع لا المشتري.

قوله: ﴿فَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ. فَقَالَ: بَلْ اتَّهَبْتُهُ. فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ﴾. بلا نزاع[2].

فإن نكل عنها، أو قامت للشفيع بينة: فله أخذه. ويقال للمشتري: إما أن تقبل الثمن، وإما أن تبرئ منه.

اعلم أنه إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء دعوى محررة بأنه اشترى نصيبه فله أخذه بالشفعة، وأنكر الشريك، وقال: إنما اتهبته، أو ورثته. فالقول قوله مع يمينه.

فإن نكل عن اليمين، أو قامت بينة للشفيع بالشراء: فللشفيع أخذه ودفع الثمن إليه.

فإن قال: لا أستحقه. فجزم المصنف هنا، أن يقال للمشتري: إما أن تقبل الثمن،

---

(١) ذكره وقطع به في الكافي فقال: (لم يقبل لأنه رجوع عن إقراره فلم يقبل) الكافي (٢/٢٣٨).

(٢) قال في المغني: (فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن حلف برئ وإن نكل قضى عليه وإن قال لا يستحق على شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الإنكار وإذا أنكر وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليه) المغني (٥/٥١٦)، والشرح (٥/٥٢٩).

وإما أن تبرئ منه، كالمكاتب إذا جاء بالنجم قبل وقته. وهذا أحد الوجوه.

اختاره القاضى، وابن عبدوس فى تذكرته. وجزم به فى النظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، على ما يأتى قريبًا.

وقيل: يبقى فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفعه إليه.

قال المصنف، والشارح: وهذا أولى.

قال الحارثى: ونقل غيره أنه المذهب.

وقيل: يأخذه الحاكم يحفظه لصاحبه، إلى أن يدعيه. فمتى ادعاه المشترى دفع إليه. وأطلقهن فى المغنى[1]، والشرح[2]، والفروع، والفائق. وأطلق الأخيرتين فى التلخيص.

تنبيه: محل الخلاف عند المصنف، والشارح، وصاحب الفروع، والفائق، وغيرهم: حيث أصر على الهبة أو الإرث. وقامت بينة بالشراء.

ومحل الخلاف عند صاحب الرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، وتذكرة ابن عبدوس ـ على قول القاضى ـ فقطع هؤلاء بأن يقال: إما أن تقبل الثمن أو تبرئ. فإن أبى من ذلك، فيأتى الخلاف. وهو أنه هل يكون عند الشفيع أو الحاكم؟

فقدم فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم: أنه يكون عند الشفيع.

وقطع ابن عبدوس: أنه يكون عند الحاكم يحفظه له.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَتْ عِوَضًا فِي الْخُلْعِ، أَوْ النِّكَاحِ، أَوْ عَنْ دَمِ الْعَمْدُ﴾.

فقال القاضى: يأخذه بقيمته.

قال القاضى، وابن عقيل: قياس قول ابن حامد: الأخذ بقيمة الشقص. وهو الصحيح. اختاره ابن عبدوس فى تذكرته، وصاحب الفائق. وصححه فى النظم. وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير وقطع به فى الهداية.

وقال غيره: يأخذه بالدية ومهر المثل. اختارها ابن حامد. حكاه عنه الشريف أبو جعفر، وغيره.

ومقتضى قول المصنف: أن غير القاضى من الأصحاب قال ذلك. وفيه نظر.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى على ثلاثة أوجه. الأول: يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفع إليه كما لو أقر له بدأر فأنكرها، الثانى – أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشترى ومتى ادعاه دفع إليه – والثالث. – يقال له: إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه كسيد المكاتب).
ثم رجح صاحب المغنى الاول حيث قال: والأول أولى: ان شاء الله تعالى. المغنى (٥/٥١٦).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥/٥٣٠).

وأطلقهما فى المحرر[1]، والفروع، والزركشى.

تنبيه: هذا الخلاف مفرع على القول بثبوت الشفعة فى ذلك. وهو قول ابن حامد، وجماعة. على ما تقدم فى أول الباب.

وتقدم التنبيه أيضًا على الخلاف هناك.

وأما على الصحيح من المذهب: فلا يأتى الخلاف.

فائدة: تقويم الشقص، أو تقويم مقابله على كلا الوجهين: معتبر فى المهر بيوم النكاح. وفى الخلع بيوم البينونة.

وإن كان متعة فى طلاق. فعلى الأول: يأخذ بقيمته. وعلى الثانى: يأخذ بمهر المثل. قاله المصنف، والشارح، كما فى الخلع به.

قال الحارثى: ويحتمل أن يأخذ بمتعة مثلها. قال: وهو الأقرب.

قوله: ﴿وَلاَشُفْعَةَ فِي بَيْعِ الخيار قبل انْقِضَائِهِ﴾.

نص عليه. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب[2]. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال فى القواعد فى القاعدة الرابعة: وأما الشفعة فلا تثبت فى مدة الخيار على الروايتين، عند أكثر الأصحاب. ونص عليه فى رواية حنبل.

فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر.

وعلل القاضى فى خلافه بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار. ولذلك لم تجز المطالبة فى مدته.

فعلى هذا: لو كان الخيار للمشترى وحده: ثبتت الشفعة. انتهى.

ويحتمل أن تجب مطلقًا. وهو تخريج لأبى الخطاب. يعنى إذا قلنا بانتقال الملك.

وقيل: تجب فى خيار الشرط، إذا كان الخيار للمشترى. وهو مقتضى تعليل القاضى فى خلافه. كما قاله فى الفوائد عنه.

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب المحرر على ثلاثة أوجه: أحدها: يوخذ بقيمته – والثانى: – بقيمة مقابلة – الثالث لا شفعة فيه) المحرر (٣٦٥/١).

(٢) ذكره فى المغنى حيث قال: (لأنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع فى عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع) المغنى (٤٧١/٥). والشرح (٥٣٥/٥).و الكافى (٢٤٢/٢) (على احد الروايتين فى المحرر ٣٦٥/١).

وتقدم ذلك فى الخيار فى البيع بعد قوله«وينتقل الملك إلى المشترى بنفس العقد».

فائدة: حكم خيار المجلس: حكم خيار الشرط. قاله فى الفروع وغيره.

قوله: ﴿وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بالبيع، وأنكر المشترى. فَهَل تَجِبُ الشُّفْعَة؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والفائق.

أحدهما: تجب. وهو المذهب. صححه فى التصحيح، والنظم، ونصره المصنف[(١)]، والشارح. واختاره القاضى، وابنه، وابن عقيل، وابن بكروس. واختاره أبو الخطاب، وابن الزاغونى.

وقال فى المستوعب: هذا قياس المذهب. ذكره شيوخنا الأوائل.

قال: ولأن أصحابنا قالوا: إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن. تحالفا وفسخ البيع، وأخذه الشفيع بما حلف عليه البائع.

فأثبتوا له الشفعة مع بطلان البيع فى حق المشترى. انتهى.

وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى التلخيص، والمحرر[(٢)]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع.

والوجه الثانى: لا تجب. اختاره الشريفان ـ أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدى ـ

قال فى التلخيص: اختاره جماعة من الأصحاب.

قال الحارثى: وهذا أقوى.

فعلى المذهب: يقبض الشفيع من البائع.

وأما الثمن: فلا يخلو، إما أن يقر البائع بقبضه أولا. فإن لم يقر بقبضه. فإنه يسلم إلى البائع والعهدة عليه. ولا عهدة على المشترى. قاله الأصحاب. منهم القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول، والمصنف فى المغنى[(٣)]، والشرح، وصاحب المحرر[(٤)]،

---

(١) ذكره المصنف فى الكافى فقال: (تثبت الشفعة لأن البائع يقر بحق للمشترى والشفيع فإن لم يقبل المشترى قبل الشفيع وتثبت حقه ويأخذ الشقص من البائع ويدفع إليه الثمن). الكافى (٢/٢٣٩).

(٢) قدمه فى المحرر فقال: (إذا أقر البائع بالبيع وجحد المشترى أخذ الشفيع بما قال البائع) المحرر (١/٣٦٧).

(٣) ذكره فى المغنى (٥/٤٧٦).

(٤) ذكره فى المحرر حيث قال: وعهدة الشفيع أبداً على المشترى فى جحده فإنها على البائع) المحرر (١/٣٦٧).

والفروع، والوجيز، والزركشى، وغيرهم.

قال الحارثى: وهذا يقتضى تلقى الملك عنه. وهو مشكل.

وكذلك أخذ البائع للثمن مشكل. لاعترافه بعدم استحقاقه عليه.

ثم قال القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وجماعة: ليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشترى، ليثبت البيع فى حقه وتجب العهدة عليه. لأن مقصود البائع: الثمن، وقد حصل من الشفيع. ومقصود الشفيع: أخذ الشقص وضمان العهدة. وقد حصلا من البائع. فلا فائدة فى المحاكمة. انتهى.

وقد حكى فى التلخيص وجهًا بأن يدفع إلى نائب ينصبه الحاكم عن المشترى

قال: وهو مشكل. لأن إقامة نائب عن مُنِكْرٍ: بعيد.

وإن كان البائع مقرًا بقبض الثمن من المشترى وبقى الثمن على الشفيع. لا يدعيه أحد: ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: يقال للمشترى: إما أن تقبضه، وإما أن تبرئ منه، قياسًا على نجوم الكتابة إذا قال السيد: هى غصب. اختاره القاضى، وابن عقيل. وجزم به فى النظم.

والوجه الثانى: يبقى فى ذمة الشفيع. قدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

والوجه الثالث: يأخذه الحاكم عنه. وهى كالمسألة التى قبلها حكمًا وخلافًا. وأطلقهن فى المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، وشرح الحارثى.

قال المصنف، والشارح، وغيرهما: وفى جميع ذلك، متى ادعاه البائع أو المشترى دفع إليه. لأنه لأحدهما.

قال الحارثى: وفيه نظر وبحث.

وإن ادعياه جميعًا، وأقر المشترى بالبيع، وأنكر البائع القبض: فهو للمشترى.

فائدة: قوله: ﴿وَعُهْدَةُ الشفِيع عَلَى المشْتَرِى. وَعُهْدَةُ المشْتَرِى عَلَى البَائِعِ﴾.

وهذا بلا نزاع[(٣)].

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى على ثلاثة أوجه. الأول – يقال للمشترى اما أن يقبضه واما أن تبرئ منه – والثانى: – يأخذه الحاكم عنده والثالث: يبقى فى ذمة الشفيع) المغنى (٤٧٧/٥).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥٤٠/٥).

(٣) ذكره فى المحرر فقال: (وعهد الشفيع على المشترى أبدا إلا فيما جحده فإنها على البائع) المحرر (٣٦٧/١) والشرح (٥٤٠/٥)، والكافى (٢٤٠/٢).

لكن يستثنى من ذلك: إذا أقر البائع بالبيع، وأنكر المشترى ـ وقلنا بثبوت الشفعة ـ على ما تقدم. فإن العهدة على البائع. لحصول الملك له من جهته. قاله الزركشي. وهو واضح.

و«العهدة» فُعله من العهد. وهي في الأصل كتاب الشراء.

وتقدم الكلام على ضمان العهدة، وعلى معناها في باب الضمان.

والمراد هنا: رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرش، عند استحقاق الشقص أو عيبه. فيكون وثيقة للبيع لازمة للمتلقى عنه. فيكون عهدة بهذا الاعتبار.

فلو علم المشترى العيب عند البيع، ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ: فلا شيء للمشترى. وللشفيع الرد والأخذ بالأرش. على الصحيح من المذهب.

وذكر المصنف وجها بانتفاء الأرش.

وإن علمه الشفيع، ولم يعلمه المشترى: فلا رد لواحد منهما ولا أرش. قدمه الحارثي.

وفي الشرح[1] وجه بأن المشترى يأخذ الأرش. وهو ما قال القاضي، وابن عقيل، والسامري.

فعليه: إن أخذه سقط عن الشفيع ما قابله من الثمن، تحقيقا لمماثلة الثمن الذى استقر العقد عليه.

وإن علماه فلا رد لواحد منهما. ولا أرش.

وفي صورة عدم علمهما: إن لم يرد الشفيع فلا رد للمشترى. وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى: أخذه المشترى من البائع. وإن لم يأخذه الشفيع: ففي أخذ المشترى الوجهان.

وعلى الوجه بالأخذ: إن لم يسقطه الشفيع عن المشترى سقط عنه بقدره من الثمن، وإن أسقطه توفر على المشترى.

قوله: ﴿فَإِنْ أَبَى المشْتَرِى قَبْضَ المبِيعِ: أَجْبَرَهُ الحَاكِم عَلَيْهِ﴾.

---

(١) ذكر الاحتمال صاحب الشرح حيث قال: (ويحتمل أن يملك أخذ الأرش لانه يدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع) الشرح (٥٤٢/٥).

وهو المذهب. اختاره القاضى، وابنه أبو الحسين، والشريفان ـ أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدى ـ والقاضى يعقوب، والشيرازى، وأبو الحسن بن بكروس وغيرهم. وقدمه فى الخلاصة، والشرح[1]، النظم، والفروع، وشرح ابن منجا.

وقال أبو الخطاب فى الهداية: قياس المذهب: أن يأخذه الشفيع من يد البائع واختاره المصنف، وقال: هو قياس المذهب.

قال الحارثى: وهو الأصح. لأن الأصح، أو المشهور: لزوم العقد فى بيع العقار قبل قبضه، وجواز التصرف فيه بنفس العقد والدخول فى ضمانه به. وأطلقهما فى المذهب، والمستوعب، والتلخيص.

قوله: ﴿وَلاَ شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ﴾.

نص عليه من وجوه كثيرة. وهو المذهب. وعليه الأصحاب. وهو من مفردات المذهب.

وقيل: له الشفعة. ذكره ناظم المفردات.

تنبيه: مفهوم كلام المصنف: ثبوت الشفعة لكافر على كافر، وسواء كان البائع مسلمًا أو كافرًا. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، والزركشى، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى وغيرهما.

قال فى التلخيص: هذا قياس المذهب.

وقيل: لا شفعة له إذا كان البائع مسلمًا.

وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية. وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية.

ومفهوم كلامه أيضًا: ثبوتها للمسلم على الكافر. وهو من باب أولى.

فائدة: لو تبايع كافران بخمر، وأخذ الشفيع بذلك: لم ينقض ما فعلوه.

---

(١) ذكره فى الشرح ثم قال: (ثم يأخذه الشفيع عنه قاله القاضى. وليس له أخذه من البائع) الشرح (٥٤٣/٥).

(٢) ذكره صاحب المغنى حيث قال: (وتثبت للذمى على الذمى لعموم الاخبار ولأنهما تساويا فى الدين والحرمة فيثبت لإحداهما على الآخر كالمسلم على المسلم ولا نعلم فيه خلافاً) المغنى (٥٥٢/٥).

(٣) ذكرها فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٥٤٥/٥).

وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع، وترافعوا إلينا: فلا شفعة له على الصحيح من المذهب، كما لو تبايعا بخنزير. وعليه أكثر الأصحاب[١].

وقال أبو الخطاب: إن تبايعوا بخمر ـ وقلنا هي مال لهم ـ حكمنا لهم با لشفعة.

وتقدم التنبيه على بعض ذلك قبل قوله«وإن اختلفا في قدر الثمن».

قوله: ﴿وَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالَ عَلَى الْمُضَارِبِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارَبَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

ذكر المصنف هنا مسألتين.

إحداهما: هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال، أم لا؟

مثال ذلك: أن يكون للمضارب شقص فيما تجب فيه الشفعة، ثم يشترى من مال المضاربة شقصًا من شركة المضارب. فهل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة؟

أطلق المصنف[٢] فيه وجهين. وأطلقهما تخريجًا في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص.

واعلم أن في محل الخلاف طريقتين للأصحاب.

إحداهما: أنهما جاريين، سواء ظهر ربح أم لا، وسواء قلنا يملك المضارب حصته بالظهور أم لا. وهي طريقة أبي الخطاب في الهداية، وصاحب المذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والمصنف هنا وغيرهم. وقدمها الحارثي.

أحداهما: لا تجب الشفعة به له. وهو الصحيح من المذهب. صححه في الخلاصة، والتصحيح واختاره أبو الخطاب في رءوس المسائل، وأبو المعالي في النهاية.

والوجه الثاني: تجب. خرجه أبو الخطاب من وجوب الزكاة عليه في حصته.

قال الحارثي: وهو الأولى.

---

(١) ذكره في المغني فقال: (وإن كان التقابض جرى بين المتابعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة لأنه بيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولأنه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميته) المغني (٥٥٢/٥) والشرح (٥٤٥/٥).

(٢) ذكر الإطلاق المصنف في المغني (فقال: فيه شفعة علىوجهين مبنيين على شراء رب المال من المضاربة) انظر المغني (٤٩٩/٥).

قال ابن رجب فى القواعد ـ بعد تخريج أبى الخطاب ـ فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ولابد. انتهى.

الطريق الثانى ـ وهى طريقة المصنف[١]، والشارح، والناظم، وجماعة ـ إن لم يظهر ربح فى المال، أو كان فيه ربح ـ وقلنا: لا يملكه بالظهور ـ فله الأخذ بالشفعة. لأن الملك لغيره. فكذا الأخذ منه.

وإن كان فيه ربح ـ وقلنا يملكه بالظهور ـ ففى وجوب الشفعة له وجهان. بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح، على ما سبق فى المضاربة بعد قوله: «وليس لرب المال أن يشترى من مال المضاربة شيئًا».

وصحح هذه الطريقة فى الفروع. وقدم عدم الأخذ. ذكر ذلك فى باب. المضاربة.

المسألة الثانية: هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب، فيما يشتريه للمضاربة؟

مثاله: أن يشترى المضارب بمال المضاربة شقصًا فى شركة رب المال.

فأطلق المصنف فيه وجهين[٢]. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص وشرح ابن منجا، والحارثى.

أحدهما: لا تجب الشفعة. وهو الصحيح من المذهب. صححه أبو المعالى فى نهايته، وخلاصته، والناظم، وصاحب التصحيح، وغيرهم.

قال الحارثى: اختاره القاضى، وأبو الخطاب. وقدمه فى الفروع. ذكره فى المضاربة.

والوجه الثانى: تجب فيه الشفعة. اختاره ابن عبدوس فى تذكرته.

وبنى المصنفُ، والشارح، والحارثى، وغيرهم هذين الوجهين على الروايتين فى شراء رب المال من مال المضاربة.

وتقدم الخلاف فى ذلك، وأن الصحيح من المذهب: أنه لا يصح، فى باب المضاربة.

فوائد

إحداها: لو بيع شقص من شركة مال المضاربة. فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ

---

(١) ذكر هذه الطريقة بنصه المصنف فى المغنى، المغنى (٤٩٩/٥).
(٢) ذكر الإطلاق أيضا فى المغنى (٤٩٩/٥).

فيها. فإن تركها: فلرب المال الأخذ. لأن مال المضاربة ملكه. ولا ينفذ عفو العامل.

ولو كان العقار لثلاثة، فقارض أحدهم أحد شريكيه بألف، فاشترى به نصف نصيب الثالث. فلا شفعة فيه في أحد الوجهين. لأن أحدهما مالك المال. والآخر عامل فيه. فهما كشريكين في مشاع، لايستحق أحدهما على الآخر شفعة. ذكره في المغني(١)، والشرح(٢)، والحارثي.

قلت: وهو الصواب.

والوجه الآخر: فيه الشفعة.

قالوا: ولو باع الثالث بقية نصيبه لأجنبي: ثبتت الشفعة بينهم أخماسًا. للمالك خمساها. وللعامل مثله. ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذى له، جعلا لمال المضاربة كشريك آخر.

الثانية: لو باع المضارب من مال المضاربة شقصًا في شركة نفسه: لم يأخذ بالشفعة. لأنه متهم. فأشبه الشراء من نفسه. ذكره المصنف، وغيره.

الثالثة: تثبت الشفعة للسيد على مكاتبه. ذكره القاضى، والمصنف، وغيرهما لأن السيد لا يملك ما في يده، ولا يزكيه. ولهذا جاز أن يشترى منه.

وأما العبد المأذون له: فإن كان لادين عليه، فلا شفعة بحال لسيده. وإن كان عليه دين. فالشفعة عليه تنبنى على جواز الشراء منه. على ما تقدم في أواخر الحجر. والله أعلم بالصواب.

وتقدم أخذ المكاتب والعبد المأذون له بالشفعة قبل قوله «فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما».

* * *

---

(١) ذكره في المغنى بنصه وتمامه فعلا ، المغنى (٥/٥٤٣).

(٢) ذكره أيضا بنصه في الشرح فقال: (فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة) الشرح (٥/٥٤٧).

باب الوديعة

فائدة: «الوديعة»[1] عبارة عن توكل لحفظ مال غيره تبرعًا بغير تصرف. قاله فى الفائق.

وقال فى الرعاية الصغرى: وهى عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه.

وقال فى الكبرى: والإيداع توكيل، أو استنابة فى حفظ مال زيد تبرعًا، ومعانيها متقاربة.

ويعتبر لها أركان الوكالة. وتبطل بمبطلاتها.

ولو عزل نفسه فهى بعده أمانة شرعية. حكمها فى يده حكم الثوب إذا أطارته الريح إلى داره، يجب رده إلى مالكه.

وقال القاضى فى موضع من خلافه، فى مسألة الوكالة: الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول. وإنما تنفسخ بالرد إلى صاحبها، أو بأن يتعدى المودع فيها.

قال فى القاعدة الثانية والستين: فإما أن يكون هذا تفريقا بين فسخ المودع والمودَع. أويكون منه اختلافا فى المسألة. والأول: أشبه. انتهى.

وقال فى الرعاية: إن بطل حكم الوديعة: بقى المال فى يده أمانة. فإن تلف قبل التمكن من رده: فهدر وإن تلف بعده: فوجهان.

وقال أيضًا: يكفى القبض. قولاً واحدًا. وقيل: لا.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ: لَمْ يَضْمَنْ. فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ﴾.

يعنى: إذا لم يتعد. وهو المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال الحارثى: هذا اختيار أكثر الأصحاب. وصرح المصنف فى آخرين: أنه أصح.

قال القاضى: هذا أصح.

قال الزركشى: هذا المذهب.

---

(١) تعريف الوديعة: عرفها فى المغنى لغة: الوديعة فعيله من يدع الشئ إذا تركه - أى هى متروكه عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة.
وقيل: هى مشتقه من الخفض والدعة فكأنها فى دعة عند المودع، المغنى (٢٨٠/٧) والشرح (٢٨٠/٧) عرفها صاحب الروض المربع بأنها: (من ودع الشئ إذا تركه لأنها متروكه المودع، والايداع توكل فى الحفظ تبرعا). انظر الروض المربع (٢٢٩/٢).

قال فى الكافى[١]: هذا أظهر الروايتين. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى[٢]، والشرح[٣]، وشرح ابن منجا، والحارثى، وغيرهم.

والرواية الثانية: يضمن. نص عليها

قال الزركشى: ينبغى أن يكون محل الرواية: إذا ادعى التلف. أما إن ثبت التلف: فإنه ينبغى انتفاء الضمان. رواية واحدة.

فائدة: لو تلفت مع ماله من غير تفريط: فلا ضمان عليه. بلا نزاع فى المذهب. وقد تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله بذلك.

وإن تلفت بتعديه. وتفريطه: ضمن بلا خلاف.

قوله: ﴿وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا﴾.

يعنى: عرفًا. كالحرز فى السرقة. على ما يأتى إن شاء الله تعالى. هذا إذا لم يعين له صاحبها حرزًا.

قوله: ﴿فَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا، فَجَعَلَهَا فِي دُونِهِ: ضَمِنَ﴾.

هذا المذهب مطلقًا. أعنى: سواء ردها إلى حرزها الذى عينه له أولا. جزم به فى المغنى[٤]، والشرح[٥]، وشرح الحارثى، والحاوى الصغير، وغيرهم من الأصحاب.

وقيل: إن ردها إلى حرزها الذى عينه له، فتلفت: لم يضمن. حكاه فى الفروع.

قال فى الرعاية الكبرى: فإن عين ربها حرزًا. فاحرزها بدونه: ضمن.

قلت: و لم يردها الى حرزه. انتهى.

---

(١) ذكر الأظهر فى الكافى حيث قال: (فإن تلفت من بين ماله ففيها روايتان. أظهرهما: لا يضمن للخبر) الكافى (٢/٢٠٩).

(٢) قدمه صاحب المغنى حيث قال: (إذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شئ من مال المودع أو لم يذهب لأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعدية فى تفريطه ولأن المستودع يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع) المغنى (٥/٢٨٠).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/٢٨٢).

(٤) ذكره فى المغنى (٧/٢٨٢).

(٥) ذكره أيضا فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/٢٨٥).

قوله: ﴿وَإِنْ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ، أَوْ فَوْقِهِ: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. اختاره القاضى، وابن عقيل. وجزم به فى الوجيز، والكافى[١]، وغيرهما. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب فى المسألة الأولى.

وقدمه فيهما فى الفروع، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق.

وجزم به فى الثانية فى الهداية، والمذهب، والمستوعب.

وقيل: يضمن فيهما، إلا أن يفعله لحاجة. ذكره الآمدى، وأبو حكيم. وهو رواية فى التبصرة.

قال المصنف: وهو ظاهر كلام الخرقى. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب. وجزم به فى المنور. وقدمه فى المحرر[٢].

وقيل: يضمن إن أحرزها بمثله. ولا يضمن إن أحرزها بأعلى منها ذكره أبو الخطاب، وغيره.

وقال فى الرعاية الكبرى: وهو أقيس. وأطلقهن فيهما.

تنبيه: قال الحارثى: لا فرق ـ فيما ذكر ـ بين الجعل أولا فى غير المعين، وبين النقل إليه.

قال فى التلخيص: وأصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل، وبين تلفها بغيره.

وعندى: إذا حصل التلف بسبب النقل، كانهدام البيت المنقول إليه: ضمن.

قوله: ﴿وَإِنْ نَهَاهُ عَنْ إِخْرَاجِهَا، فَأَخْرَجَهَا لِغِشْيَانِ شَيْءٍ الغَالِبُ فِيهِ التَّوَى: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. ولا أعلم فيه خلافا.

لكن إذا أخرجها فلا يحرزها إلا فى حرز مثلها أو فوقه. فإن تعذر ـ والحالة هذه، ونقل إلى أدنى ـ فلا ضمان. ذكره المصنف فى المغنى[٣]. واقتصر عليه الحارثى. لأنه إذن أحفظ. وليس فى الوسع سواه.

قلت: فيعايى بها.

قوله: ﴿وَإِنْ تَرَكَهَا فَتَلِفَتْ: ضَمِنَ﴾.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال: (وإن أحرزها فى حرز مثلها أو فوقه لم يضمن لأن من رضى بحرز مثلها رضى بما فوقه) الكافى (٢٠٩/٢).

(٢) قدمه فى المحرر (٣٦٣/١).

(٣) ذكره فى المغنى ولكنه قيده بقوله: (إذا لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إحرازها بذلك احفظ لها من تركه وليس فى وسعه سواه) المغنى (٢٨٥/٧).

هذا المذهب. لأنه يلزمه إخراجها. والحالة هذه.

قال في الكافي[١]: هذا المذهب.

قال الحارثي: هذا أصح.

قال في الفروع: لزمه أخراجها في الأصح.

قال في الفائق: ضمن في صح الوجهين. وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في المغني[٢]، والشرح[٣]، والرعاية الكبرى وغيرهم.

وقيل: لا يضمن. لأنه امتثل أمر ربها.

فائدة: لو تعذر الأمثل والمماثل - والحالة هذه - فلا ضمان. ذكره المصنف في المغني[٤].

قوله: ﴿وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ: ضَمِنَ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال في الفروع: ويحرم إخراجها لغير خوف في الأصح. وجزم به في الوجيز وشرح الحارثي، وغيرهما. وقدمه في المغني[٥]، والشرح[٦]، وغيرهما.

وقيل: لا يضمن. اختاره القاضي قاله في المغني[٧] والشرح[٨].

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: لاَ تُخْرِجْهَا، وَإِنْ خفتَ عَلَيْهَا. فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الخَوْفِ، أَوْ تَرَكَهَا: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

---

(١) ذكره في الكافي فقال: (وإن تركها فتلفت يضمنها لأنه فرط في تركها ولكنه لم يذكر قوله: (هذا المذهب) لأنه ذكر احتمالا آخر فإنه يضمن) الكافي (٢/٢١٠).

(٢) جزم به في المغني فقال: (وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها نقلها وتركها تضييع لها) المغني (٧/٢٨٥).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٧/٢٨٦).

(٤) قاله في المغني: (وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواه). المغني (٧/٢٨٥).

(٥) ذكره في المغني فقال (ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة) المغني (٧/٢٨٥).

(٦) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٧/٢٨٦).

(٧) ذكرها في المغني (٧/٢٨٥) كما في الشرح.

(٨) ذكرها في الشرح فقال: وفيه قول آخر أنه لا يضمن كما لو لم يعين له حرزا ، الشرح (٧/٢٨٧).

وهو المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به أكثرهم. منهم صاحب المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وشرح الحارثى، والوجيز، والفائق، والزركشى، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقيل: إن وافقه أو خالفه ضمن.

قلت: وهو ضعيف جدًا.

تنبيه: ظاهر كلامه: أنه لو أخرجها من غير خوف: أنه يضمن. وهو صحيح. صرح به الأصحاب.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْدَعَهُ بَهِيمَةً، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ: ضَمِنَ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وقدمه فى المغنى[(٣)] والشرح[(٤)]، وشرح الحارثى، والفروع، وغيرهم.

وقيل: لا يضمنها. وهو احتمال فى المغنى[(٥)].

قلت: لكن يحرم ترك علفها، ويأثم حتى ولو قال له: لا تعلفها، على ما يأتى.

فوائد

منها: لو أمره بعلفها: لزمه ذلك مطلقا، على الصحيح من المذهب.

وقيل: لايلزمه إلا مع قبوله. وهو احتمال فى المغنى[(٦)].

ومنها: لو نهاه عن علفها: انتفى وجوب الضمان بالنسبة إلى حظ المالك.

وأما بالنسبة إلى الحرمة: فلا أثر لنهيه. والوجوب باق بحاله.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٢٨٥/٧).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (فإن أخرجها فى هذه الحال من غير خوف ضمنها لأنه خالف شرط صاحبها لغير حاجة وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذونا فى تركها فى تلك الحال فلم يضمن لامتثاله أمر صاحبها أشبه ما لو أذن فى إتلافها ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زاده خيرا وحفظا فلم يضمن كما لو أذن له فى إتلافها فلم يفعل حتى تلفت) الشرح (٢٨٨/٧).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه لا يجوز إتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها فإن ترك علفها حتى تلفت ضمنها لأنه مفرط فيها) المغنى (٢٩٢/٧).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٢٩٠/٧).

(٥) ذكره فى المغنى فقال: (ويحتمل أن لا يلزمه ذلك) المغنى (٢٩٢/٧).

(٦) ذكره بنصه فى المغنى فقال:(ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة) المغنى (٢٩٢/٧).

قال فى الحاوى الصغير: ويقوى عندى أنه يضمن.

ومنها: إن كان إنفاقه عليها بإذن ربها: فلا كلام. وإن تعذر إذنه، فأنفق بإذن حاكم: رجع به. وإن كان بغير إذنه، فإن كان مع تعذره، وأشهد على الإنقاق: فله الرجوع.

قال الحارثى: رواية واحدة. حكاه الأصحاب.

وإن كان مع إمكان إذن الحاكم، ولم يستأذنه، بل نوى الرجوع فقط: لم يرجع. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع هنا. وهو ظاهر ما جزم به فى المحرر(١) فى باب الرهن، والمنور.

وقيل: يرجع. جزم به فى المنتخب. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وصححه الحارثى، وصاحب الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق.

قلت: وهو الصواب.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(٢)، والشرح(٣)، والتلخيص، والرعاية الكبرى.

وظاهر الفروع فى باب الرهن: إطلاق الخلاف.

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين: إذا أنفق المودع على الحيوان المستودع ناويًا للرجوع. فإن تعذر استئذان مالكه: رجع، وإن لم يتعذر: فطريقتان.

إحداهما: أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى. لأن للحيوان حرمة فى نفسه توجب تقدمه على قضاء الدين أحيانا. وهى طريقة صاحب المغنى(٤).

الثانية: لا يرجع. قولا واحدًا. وهى طريقة صاحب المحرر، متابعة لأبى الخطاب. انتهى.

وهذه الطريقة: هى المذهب. وهى طريقة صاحب التلخيص، والفروع، والوجيز، وغيرهم.

---

(١) ذكره صاحب المحرر فى الرهن بناء على حكم مئونة الرهن وكراء مخزنة فإنه قال يرجع بالأقل مما أنفق (أو نفقة مثله) ثم عطف عليه قوله: (وكذلك حكم الحيوان المودع أو المؤجر) فى حالة رده) المحرر (٣٣٦/١).

(٢) أطلق الوجهين فى المغنى بناء على الوجهين المتخرجين فى الرهن فقال: على روايتين: - أحداهما: - يرجع به لأنه مأذونا فيه عرفا - والثانية: - لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم) المغنى (٢٩٣/٧).

(٣) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٢٩٢/٧).

(٤) انظر المغنى (٢٩٣/٧).

وتقدم حكم المسألة فى كلام المصنف فى باب الرهن أيضًا.

ومنها: لو خيف على الثوب العُثُّ: وجب عليه نشره. فإن لم يفعل وتلف. ضمن.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: اتْرُكْهَا فِي كُمِّكَ، فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب.

ويتخرج على الوجه المتقدم بالضمان بالإحراز فيما فوق العين: وجوب الضمان هنا. قاله الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ احْتَمِلَ وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[1]، والهادى، والتلخيص، والشرح[2]، والرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والفائق.

إحدهما: لا يضمن.

قال الحارثى: وهو الأظهر عند القاضى، وابن عقيل. وجزم به فى الوجيز.

والثانى: يضمن، وهو الصحيح. صححه فى التصحيح. وقدمه فى الكافى[3].

قال الحارثى: وإليه ميل المصنف فى كتابيه. وقدمه فى إدراك الغاية.

وفى التلخيص وجه ثالث: إن تلفت بأخذ غاصب: لم يضمن. لأن اليد بالنسبة إليه أحرز.

وإن تلفت لنوم أونسيان: ضمن. لأنها لو كانت فى الكم مربوطة لما ذهبت.

فوائد

الأولى: وكذلك الحكم، والخلاف لو قال: اتركها فى يدك. فتركها فى كمه. قال فى الفروع، وغيره. وقال القاضى: اليد أحرز عند المغالبة. والكم أحرز عند عدم المغالبة.

فعلى هذا: إن أمره بتركها فى يده، فشدها فى كمه فى غير حال المغالبة: فلا ضمان عليه. وإن فعل ذلك عند المغالبة: ضمن.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (ففيه وجهان: أحدهما: يضمن لأن سقوط الشئ من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم. - والثانى: - لا يضمن لأن اليد لا يتسلط عليها الطدار بالبط والحكم بخلافه ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان) المغنى (٢٨٧/٧).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٢٩٤/٧).

(٣) ذكره فى الكافى فقال: (ضمن لأن اليد يسقط منها الشئ بالنسيان) الكافى (٢١٠/٢).

الثانية: لو جاءه إلى السوق وأمره بحفظهـا فى بيتـه، فتركهـا عنـده إلى مضيـه إلى منزلة: ضمن.

جزم به في المستوعب، والتلخيص. وغيرهما. وقدمه فى الفروع وغيره.

قال الحارثى: فقال الأصحاب: يضمن مطلقًا.

وقيل: لايضمن والحالة هذه. وهو احتمال فى المغنى[1]، ومال إليه.

قال الحارثى: وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى.

قال في الفروع: وهو الأظهر.

قلت: وهو الصواب.

الثالثة: لو دفعها إليه، وأطلق و لم يعين موضعًا، فتركها بجيبه أو يده، أو شَدهًّا فـى كمه، أو ترك فى كمه ثقلا بلا شد، أو تركها فـى وسـطه وشـد عليهـا سـراويله: لم يضمن. جزم به فى المغنى[2]، والشرح[3]، وشـرح الحـارثى. وكـذا لـو شـدها علـى عضده. وهذا المذهب فى ذلك كله. قدمه فى الفروع.

قال القاضى: إن شدها على عضده من جانب الجيب: لم يضمنها. وإن شدها مـن لجانب الآخر: ضمن.

وقال ابن عقيل، فى الفصول: إن تركها فـى جيـب أوكـم: ضمـن، علـى الروايـة التى تقول: إن الطَّرَّار لا يقطع.

وقال أيضًا: إن تركه فى رأسه، أو غرزه فى عمامته، أو تحت قلنسوته: احتمل أنـه حرز مثله.

الرابعة: إذا استودعه خاتما، وقـال: اجعلـه فـى الخنصـر. فلبسـه فـى البنصـر: فـلا ضمان. ذكره الأصحاب: القاضى، وابن عقيـل، والمصنـف، وغـيرهم. لأنهـا أغلـظ، فهى أحرز.

وفيه الوجه المخرج المتقدم.

لكن إن انكسر ـ لغلظها ـ ضمن ذكره الأصحاب أيضًا.

---

(١) ذكر الاحتمال فى المغنى فقال: (ويحتمل أنه متى تركها عنـده إلى وقت مضيـه إلى منزلـه فـى العـادة فتلفت لم يضمنها لأن العادة أن الإنسان إذا أودع شيئا وهو فى دكانه أمسكه فـى دكانـه أو فـى ثيابـه إلى وقت مضيه إلى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحاله راض بها) المغنى (٢٨٧/٧).

(٢) جزم به فى المغنى (٢٨٧/٧).

(٣) ذكره فى الشرح (٢٩٦/٧).

وإن قال: اجعله في البنصر. فجعله في الخنصر: ضمن ذكره القاضي، وابن عقيل. واقتصر عليه الحارثي أيضًا. وإن جعله في الوسطى، وأمكن إدخاله في جميعها: لم يضمن. ذكره في الكافي[1]. واقتصر عليه الحارثي أيضًا.

وإن لم يدخل في جميعها. فجعله في بعضها: ضمن. لأنه أدنى من المأمور به.

الخامسة: لو قال: احفظها في هذا البيت، ولا تدخله أحدًا. فخالف وتلفت بحرق أو غرق أو سرقة، غير الداخل. ففي الضمان وجهان.

أحدهما: لا يضمن. اختاره القاضي.

الثاني: يضمن. اختاره ابن عقيل، والمصنف. ومال إليه الشارح.

قوله: ﴿وَإِنْ دَفَعَ الوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ، كَزَوْجَتِهِ، وَعَبْدِهِ: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

وكذا خادمه. وهذا المذهب بلا ريب. ونص عليه. وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في المغني[2]، والمحرر[3]، والشرح[4]، والوجيز، وغيرهم. وقدمه في المستوعب، والتلخيص، والرعاية، والفروع، والفائق، والحارثي. ونصره، وغيرهم.

وقيل: يضمن. ذكره ابن أبي موسى.

قال الحارثي: وأورده السامري عن ابن أبي موسى وجهًا. ولم أجده في الإرشاد.

فوائد

منها: ألحق في الروضة: الولد ونحوه بالزوجة والعبد.

قلت: إن كان ممن يحفظ ماله: فلا إشكال في إدخاله، وإلا فلا في الجميع. حتى الزوجة والعبد والخادم. فلا حاجة إلى الإلحاق. وكذلك قال الحارثي.

وقوله: «إلى من يحفظ ماله، كزوجته، وعبده» اعتبار لوجود وصف الحفظ لماله فيمن ذكر، على ما تقدم. فإن لم يوجد: ضمن، إذا دفع إليه. وهو كما قال. انتهى.

ومنها: لو رد الوديعة إلى من جرت العادة بأن يحفظ مال المودع ـ بكسر الدال ـ

---

(١) قال في الكافي: (وإن جعله في الوسطى وأمكن إدخاله في جميعها لم يضمن لأنها أغلظ فهي أحفظ) الكافي (٢/٢١١).

(٢) جزم به في المغني فقال: (لم يضمن نص عليه أحمد لأنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبه ما لو حفظها بنفسه)، المغني (٧/٢٨٣).

(٣) قطع به في المحرر فقال: (يلزم حفظ الوديعة بنفسه أو بمن يحفظ ماله عادة كزوجته أو أمته)، المحرر (١/٣٦٣).

(٤) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٧/٢٩٨).

كزوجته، وأمته، وعبده، فتلفت: لم يضمن. نص عليه.

قيل: يضمن. حكاه ابن أبى موسى وجهًا.

قال الحارثى: وهو الصحيح. وتقدم نظير ذلك فى العارية.

ومنها: لو دفعها إلى الشريك: ضمن، كالأجنبى المحض.

ومنها: له الاستعانة بالأجانب فى الحمل والنقل. وسقى الدابة وعلفها. ذكره المصنف، وغيره. واقتصر عليه الحارثى.

قوله: ﴿وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِى، أَوْ حَاكِمٍ: ضَمِنَ. وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الأَجْنَبِى. وَقَالَ القَاضِى: لَهُ ذَلِكَ﴾.

إذا أودع المودع ـ بفتح الدال ـ الوديعة لأجنبى، أو حاكم. فلا يخلو: فإما أن يكون لعذر، أو غيره. فإن كان لعذر: جاز. على الصحيح[1] من المذهب. وعليه الأصحاب فى الجملة.

وقال فى الفروع: ويتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل: له الإيداع بلا عذر. وإن كان لغير عذر: لم يجز. ويضمن. على الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب.

وقيل: يجوز إيداعها للحاكم، مع الإقامة وعدم العذر.

وتقدم تخريجه فى الفروع. فهو أعم.

فعلى المذهب: إن كان الثانى عالمًا بالحال: استقر الضمان عليه. وللمالك مطالبته، بلا نزاع. وإن كان جاهلا: لم يلزمه.

وقدم المصنف هنا: أنه ليس له مطالبته، أى تضمينه. وهو اختيار القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول. وقالا: إنه ظاهر كلامه.

قال فى المذهب، ومسبوك الذهب: ليس للمالك مطالبة الأجنبى، على المنصوص. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[2]، والشرح[3]، والفائق. واختاره

---

(١) قيده صاحب المغنى فقال: (إذا لم يكن هناك عذر فإذا كان له عذر مثل أن أراد سفرا أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره فإذا لم يستطع ردها إلى صاحبه أو وكيله فله دفعها إلى الحاكم والحاكم معلوم يقوم مكانه مقاعد عند تغيبه. وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لأنه موضع حاجة) المغنى (٢٨٣/٧). والمحرر (٣٦٤/١)، والشرح (٢٩٩/٧)،والكافى (٢١١/٢).

(٢) قال فى المغنى فقال: (فله تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثانى. لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه وإن أحب المالك فضمينه القاضى فذكر القاضى: أنه ليس له تضمينه فى ظاهر كلام أحمد لأنه ذكر الضمان على الأول فقط) المغنى (٢٨٣/٧).

(٣) ذكر وقدمه فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٠٠/٧).

الشيخ تقي الدين رحمه الله.

قال في التلخيص: وهو ضعيف.

وقال القاضي: له ذلك. يعني مطالبته.

قال في المغني: ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضًا. لكن يستقر الضمان على الأول. وهو رواية في التعليق الكبير، ورءوس المسائل. وهذا المذهب.

قال في التعليق: هذا المذهب. واختاره المصنف في المغني[1].

قال الشارح: وهذا القول أقرب إلى الصواب.

قال الحارثي: اختاره أبو الخطاب، وعامة الأصحاب. وهو الصحيح. انتهى. وقدمه في التلخيص، والمحرر[2]، والفروع.

فقال في الفروع: وإن أودعها بلا عذر: ضمنا. وقراره عليه. فإن علم الثاني فعليه.

وعنه: لا يضمن الثاني إن جهل. اختاره شيخنا، كمرتهن في وجه. واختاره شيخنا. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ: رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا﴾.

وكذا إلى وكيله في قبضها، إن كان.

﴿فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ: حَمَلَهَا مَعَهُ، إِنْ كَانَ أَحْفَظْ لَهَا﴾.

مراده: إذا لم ينهه عن حملها معه.

اعلم أنه إذا أراد سفرًا. وكان مالكها غائبًا ووكيله. فله السفر بها. إن كان أحفظ لها، ولم ينهه عن حملها.

وإن كان حاضرًا أو وكيله في قبضها. فظاهر كلام المصنف هنا: أنه لا يحملها إلى بإذن. فإن فعل ضمن. وهو أحد الوجهين.

قال في المغني[3]: ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع المقدرة على مالكها أو نائبه

---

(١) ذكر الإحتمال صاحب المغني حيث قال: (ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضا لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب وذكر أحمد أن الضمان على الأول لا ينفي الضمان عن الثاني) المغني (٢٨٢/٧).

(٢) قدمه في المحرر فقال: (فللمالك تضمين أيهما شاء وقراراه على الثاني إن علم وإلا فعلى الأول اختاره القاضي) المحرر (٣٦٤/١).

(٣) ذكره في المغني بنصه وتمامه ثم أردف قائلا: (لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ويخاطر بها فإن النبي ﷺ قال: «إن المسافر وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله» المغني (٢٨٤/٧).

بغير إذن: أنه مفرط عليه الضمان. انتهى.

قلت: وهو ظاهر كلامه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر(١)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والوجيز، والفائق، وغيرهم. وهو الصواب.

والوجه الثانى: له السفر بها إن كان أحفظ لها ولم ينهه عنها. وهو المذهب. نص عليه واختاره القاضى، وابن عقيل. وقدمه فى الفروع، والمغنى(٢)، والشرح(٣) ونصراه.

تنبيهان

أحدهما: ظاهر قوله: «فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها» أن له السفر بشرطه، ولا يضمن. وهو صحيح. وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

وقال القاضى فى رءوس المسائل: إذا سافر بها ضمن.

الثانى: ظاهر كلام المصنف: أنه إذا استوى عنده الأمران فى الخوف مع الإقامة والسفر: أنه لا يحملها معه. وهو أحد الوجهين. وظاهر النص.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وهو الصواب.

قال فى المبهج: لا يسافر بها إلا إذا كان الغالب السلامة.

والوجه الثانى: له حملها. وأطلقهما فى التلخيص، والرعايتين، والنظم، وشرح الحارثى، والفروع، والفائق والحاوى الصغير.

فوائد

منها: جواز السفر بها مشروط بما إذا لم ينهه عن حملها معه. فإن نهاه امتنع. وضمن إن خالف. اللهم إلا أن يكون السفر بها لعذر، كجلاء أهل البلد، وهجوم عدو أو حرق أو غرق: فلا ضمان.

وهل يجب الضمان بالترك؟ تقدم نظيره فى كلام المصنف، وأن الصحيح: أنه يضمن إذا ترك فعل الأصلح. والحالة هذه.

---

(١) جزم به المحرر فقال: (إذا أرادا سفرا ومالكها غائب سافر بها إن كان أحرز لها وإلا أودعها الحاكم وإن تعذر فلثقة). المحرر (١/٣٦٤).

(٢) جزم به صاحب المغنى فقال: - نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أولا لأنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها فى البلد ولأنه سافر بها سفرا غير مخوف أشبه مالو لم يجد أحداً يتركها) المغنى (٧/٢٨٤).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/٣٠٢).

ومنها: لو أودع مسافرا فسافر بها وتلفت فى السفر: فلا ضمان عليه.

ومنها: لو هجم قطاع الطريق عليه. فألقى المتاع إخفاء له وضاع: فلا ضمان عليه.

ومنها: له الرجوع بما أنفق عليها بنية الرجوع. ذكره القاضى. وقدمه فى الفروع.

وقال: ويتوجه فيه كنظائره. ويلزمه مئونته.

وفى مئونة رد من بَعُد خلاف فى الانتصار. قاله فى الفروع.

قوله: ﴿وَإِلاَّ دَفَعَهَا إِلَى الحَاكِمِ﴾.

يعنى إذا خاف عليها بحملها، ولم يجد مالكها ولا وكيله. فالصحيح من المذهب: أنه يتعين عليه دفعها إلى الحاكم إن قدر عليه. قدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢) وشرح الحارثى، والفروع، وغيرهم.

قال الحارثي: وعليه الأصحاب.

قال الزركشي: قطع به الأصحاب.

وقيل: يجوز دفعها إلى ثقة. حكاه المصنف فى المغنى(٣). وذكره الحلوانى رواية.

قال فى الفائق: ولو خاف عليها: أودعها حاكما أو أمينًا.

وقيل: لا تودع. انتهى.

قلت: الصواب هنا أن يراعى الأصلح فى دفعها إلى الحاكم، أو الثقة. فإن استوى الأمر فالحاكم.

فائدة: الودائع التى جهل ملاكها يجوز التصرف فيها بدون حاكم. نص عليه وكذا إن فقد ولم يطلع على خبره، وليس له ورثة: يتصدق بها. نص عليه، ولم يعتبر حاكما.

ويحتمل أنه ليس له الصدقة بها إلا إذا تعذر إذن الحاكم. ذكره القاضى.

وتقدم نظير ذلك فى الغصب، وآخر الرهن.

ويلزم الحاكم قبول الودائع، والغصوب، ودين الغائب، والمال الضائع. على

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه متبرع بإمساكه فلا يلزمه استدامته والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته) المغنى (٢٨٣/٧).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٠٣/٧).

(٣) قال فى المغنى: (وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لأنه موضع حاجة) المغنى (٢٨٣/٧).

الصحيح من المذهب.

قال فى التلخيص: الأصح اللزوم فى قبول الوديعة، والغصوب، والدين.

وقيل: لا يلزمه. وأطلقهما فى الرعاية الكبرى، والفروع.

قوله: ﴿وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ﴾. يعنى إذا تعذر دفعها إلى الحاكم ﴿أَوْدَعَهَا ثِقَةً﴾.

هذا الصحيح من المذهب.

قال فى الخلاصة، والفروع: دفعها إلى ثقة. فى الأصح. وجزم به فى المحرر[(١)]، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى المغنى[(٢)]، والشرح[(٣)]، والتلخيص، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم. واختاره القاضى، وغيره.

وقيل: لا تودع لغير الحاكم. وقطع به أبو الخطاب فى رءوس المسائل.

قال القاضى، وابن عقيل: ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: أنه لايجوز الدفع إلى غير الحاكم لعذر أو غير عذر.

ثم أوَّلا ذلك على الدفع لغير حاجة، أو مع القدرة على الحاكم.

قال الحارثى: وفيه نظر، بل النص صريح فى ذلك. وذكره.

وقيل: لاتودع مطلقًا. ونقله الأثرم نصًا.

قال فى الرعاية: ونصه منعه. وهو ظاهر ما قدمه فى الهداية، والمستوعب. وقدمه فى المذهب.

وقال فى النوادر: وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الإيداع عند غيره لخوفه عليها. وحمله القاضى على المقيم لا المسافر.

فائدة: حكم من حضره الموت حكم من أراد سفرًا، على ما تقدم من أحكامه إلا فى أخذها معه.

قوله: ﴿أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ﴾.

يعنى إذا تعذر دفعها إلى الحاكم: فهو بالخيرة بين دفعها إلى ثقة، وبين دفعها وإعلام ثقة يسكن تلك الدار بها.

---

(١) جزم به فى المحرر فقال: (وإلا أودعها الحاكم وإن تعذر فلثقة) المحرر (١/٣٦٤).

(٢) ذكره فى المغنى فقال:(وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمن) المغنى (٧/٢٨٣).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/٣٠٤).

قال الحارثى: وقاله القاضى، وابن عقيل، وغيرهما. وقطع به فى الشرح[١]، وشرح ابن منجا.

قال فى الفروع: وإن دفنها بمكان وأعلم بها ساكنه فكإيداعه.

وقال فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق: ولو دفنها بمكان وأعلم الساكن، فعلى وجهين. وقيل: إعلامه كإيداعه. انتهوا.

وأطلق فى ضمانها إذا دفنها وأعلم بها ثقة: وجهين فى الهداية، والمذهب، والمستوعب.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب: أنه إذا تبرم بالوديعة. فليس له الدفع إلى غير المودع أو وكيله، سواء قدر عليهما أولا، وسواء الحاكم وغيره. وهو كذلك. ونص على المنع من إيداع الغير. واختاره القاضى، وابن عقيل، وغيرهما. وقدمه الحارثى.

وقال فى الكافى[٢]: إن لم يجد المالك دفع إلى الحاكم. واختاره صاحب التلخيص.

قوله: ﴿وَإِنْ تَعَدَّى فِيهَا، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا، وَلَبِسَ الثَّوْبَ وَأَخْرَجَ الدَّارَهِمَ لِيَنْفِقُهَا﴾ أو لشهوة رؤيتها **﴿ثُمَّ رَدَّهَا أَوْ جَحَدَهَا، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا، أَوْ كَسَرَ خَتْمَ كِيسِهَا﴾** وكذا لو حَلّه **﴿ضَمِنَهَا﴾.**

إذا تعدى فيها. ففعل ما ذكر غير جحودها. ثم إقراره بها. فالصحيح من المذهب: أنه يضمنها، وعليه الأصحاب. وجزم به فى المغنى[٣]، والمحرر[٤]، والشرح[٥]، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى التلخيص، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقال فى الفائق: ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان.

---

(١) قطع به صاحب الشرح فقال: (إذا دفنها فى موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده وإن لم يعلم بها أحد ضمنها لأنه فرط فى حفظها)، الشرح (٣٠٤/٧).

(٢) جزم به المصنف فى الكافى (فقال: وإن لم يرد السفر بها ولم يجد مالكها دفعها إلى الحاكم لأنه متبرع بالحفظ فلا يلزمه ذلك مع الدوام) الكافى (٢١١/٢).

(٣) جزم به صاحب المغنى بالتفصيل فى كل حالة فى الدابة والثوب والدراهم وقطع فى كل بالضمان لانه تعدى فى كل هذه الاشياء فضمن) المغنى (٢٩٥/٧ - ٢٩٦).

(٤) ذكره أيضا فى المحرر (٣٦٣/١).

(٥) وكذلك فى الشرح كما فى المغنى - الشرح (٣٠٥/٧).

وقيل: لا يضمن إذا أخرج الدارهم لينفقها، أو لشهوة رؤيتها، ثم ردها. اختاره ابن الزاغونى.

وعنه: لا يضمن إذا كسر ختم كيسها، أو حله.

فعلى المذهب: لا يعود عقد الوديعة بغير عقد متجدد.

وأما إذا جحدها، ثم أقربها، فالصحيح من المذهب: أنه يضمنها من حيث الجملة. جزم به فى الفروع، وغيره. وقدمه فى الفائق، وغيره. وقال: ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان.

قوله: ﴿أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ: ضَمِنَهَا﴾.

وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

قال فى التلخيص: ومع عدم التمييز: يضمن. رواية واحدة. وجزم به فى المغنى(١)، والمحرر(٢)، والشرح(٣)، والوجيز، والفائق، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقال: ظاهر نقل البغوى: لا يضمن. ولم يتأوله فى النوادر.

وذكره الحلوانى ظاهر كلام الخرقى.

وجزم به فى المنثور عن الإمام أحمد رحمه الله.

قال: لأنه خلطه بماله.

وجزم به فى المبهج فى الوكيل. كوديعته فى أحد الوجهين.

قال الحارثى: وعن الإمام أحمد: لا يضمن بخلط النقود. ونقله عبد الله البغوى.

فعلى هذه الرواية: لو تلف بعض المختلط بغير عدوان. جعل التلف كله من ماله، وجعل الباقى من الوديعة. نص عليه.

فائدة: لو اختلطت الوديعة بغير فعله، ثم ضاع البعض: جعل من مال المودع فى ظاهر كلامه. ذكره المجد فى شرحه.

وذكر القاضى فى الخلاف: أنهما يصيران شريكين.

قال المجد: ولا يبعد ـ على هذا ـ أن يكون الهالك منهما. ذكره فى القاعدة الثانية والعشرين.

---

(١) جزم به فى المغنى (فقال: وإذا خلطها بما لا تتميز يضمن) المغنى (٧/٢٩٥).

(٢) قال فى المحرر: (أو خلطها بما لا تتميز منه ضمن) المحرر (١/٣٦٤).

(٣) ذكره أيضا فى الشرح وفقال: (ولأنه إذا خلطها بمالا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها) الشرح (٧/٣٠٧).

قوله: ﴿وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمَيِّزٍ: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وعنه: يضمن. وحمله المصنف على نقصها بالخلط.

قوله: ﴿وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ، فَضَاعَ الْكُلّ: ضَمِنَهُ وَحْدَهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. نص عليه. وجزم به الخرقى، وصاحب التعليق، والفصول، والمغنى[(١)]، والكافى[(٢)]، والمحرر[(٣)]، والشرح[(٤)]، والوجيز. وغيرهم.

وهو عجيب من الشارح. إذ الكتاب المشروح حكى الخلاف. لكنه تبع المغنى. وصححه فى الفروع وغيره.

وعنه: يضمن الجمع. وأطلقهما فى التلخيص، والفائق.

وقيل: يضمنه وحده، إن لم يفتح الوديعة.

وقيل: لا يضمن شيئًا.

قوله: ﴿وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا فَكَذَلِكَ﴾.

يعنى: أن الحكم فيه كالحكم فيما إذا رد المأخوذ بعينه. جزم به فى الفصول، والفروع، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

وكذا الحكم لو أذن صاحبها له فى الأخذ منها، فأخذ ثم رد بدله بلا إذنه.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ غَيْرِ مُتَمَيِّزٍ: ضَمِنَ الْجَمِيعَ﴾.

وهو المذهب. جزم به فى المجرد، والفصول، والتلخيص، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

﴿وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَضْمَنَ غَيْرَهُ﴾.

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. وجزم به القاضى فى التعليق. وذكر أن الإمام أحمد نص عليه فى رواية الجماعة.

---

(١) جزم به فى المغنى فقال: (لأن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف فى يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب) المغنى (٢٩٥/٧).

(٢) جزم به أيضا المصنف فى الكافى فقال: (ضمنه وحده لأنه تعدى فيه وحده فإن رده إليها لم يزل ضمانه لأنه ثبتت بتعديه فيه) الكافى (٢١٢/٢).

(٣) قطع به فى المحرر (٣٦٤/١).

(٤) ذكره أيضا صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٠٩/٧).

وحكى عنه من رواية الأثرم: أنه أنكر القول بتضمين الجميع، وأنه قال: هو قول سوء.

وهذا ظاهر كلام الخرقى.

وقطع بـه ابـن أبـى موسـى، والقـاضى أبـو الحسـين، وأبـو الحسـن بـن بكـروس، وغيرهم. واختاره أبو بكر. وقدمه الحارثى فى شرحه. وقال: هو المذهب.

ومال إليه فى المغنى(١). وأطلق الروايتين فى المحرر(٢).

فعلى الرواية الثانية: إن لم يدر أيهما ضاع: ضمن. نقله البغوى. وذكره جماعة. واقتصر عليه فى الفروع.

فائدة: لو كان الدرهم أو بدلـه غـير متميز، وتلـف نصـف المـال. فقيـل: يضمـن نصف درهم. ويحتمل أن لا يلزمه شىء. لاحتمال بقاء الدرهم أو بدله. ولا يجب مـع الشك. قاله الحارثى.

تنبيهات

الأول: قال الزركشى: إذا رد بدل ما أخذ. فللأصحاب فى ذلك طرق:

أحدها: لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ. سواء كان البدل متميزًا أو غير متميز.

وهذا مقتضى كلام الخرقى. وبه قطع القاضى فى التعليـق. وذكـر أن الإمـام أحمـد ـ رحمه الله ـ نص عليه فى رواية الجماعة.

وأنكر فى رواية الأثرم على من يقول بتضمين الجميع.

والطريق الثانى: إن تميز البـدل ضمـن قـدر مـا أخـذ فقـط، وإن لم يتميز: فعلى الروايتين. وهى طريقة المصنف فى المغنى(٣)، والكافى(٤)، والمجد(٥).

والطريق الثالث: فى المسألة روايتان فيهما. وهى ظاهر كـلام أبـى الخطـاب، فـى الهداية.

---

(١) مال إليه فعلا صاحب المغنى فقال: (وان لم يكن متميزًا فظاهر كلام الخرقى ههنـا أنـه لا يضمـن غـيره لأن التعدى اختص به فيختص الضمان به) المغنى (٧/٢٩٥).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال: (وإن رد بدله و لم يتميز فهل يضمن الكل؟ فعلى روايتين) المحرر (١/٣٦٤).

(٣) ذكر الروايتين صاحب المغنى فقال: (الأول ظاهر كلام الخرقى هنـا أن لا يضمـن غـيره لأن التعـدى اختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضى الضمان لأنه يجب رده معها فلـم يفـوت علـى نفسـه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره – :الثانى وقول القاضى – يضمن الكل لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل) المغنى (٧/٢٩٥).

(٤) ذكر الوجهين أيضا فى الكافى فقال: (وإن رد بدله وكـان متميز لم يضمـن غـيره كذلـك وان لم يتميز ضمن الكل لخلطه الوديعة بما لا يتميزا وظاهر كلام الخرقى أنه لا يضمن غيره). الكافى (٢/٢١٢).

(٥) ذكر الإطلاق المجد فى المحرر (١/٣٦٤).

والطريق الرابع: إن تميز البدل: فعلى روايتين، وإن لم يتميز: ضمن. رواية واحدة. قاله فى التلخيص.

ويقرب منه كلام المصنف فى المقنع، وكلام القاضى على ماحكاه فى المغنى(١).

وبالجملة: هذه الطريقة، وإن كانت حسنة: لكنها مخالفة لنصوص الإمام أحمد رحمه الله. انتهى.

الثانى: شرط القاضى فى المجرد، وابن عقيل، وأبو الخطاب، وأبو الفرج الشيرازى، والمصنف، والمجد، والشارح، وجماعة: أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة، ولا مشدودة. فلو كانت كذلك. فحل الشد، أو فك الختم: ضمن الجميع. قولا واحدًا.

قال القاضى فى التعليق: هو قياس قول الأصحاب، مما إذا فتح قفصًا عن طائر، فطار. وقاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل.

قال الحارثى: ولا يصح هذا القياس. لأن الفتح عن الطائر إضاعة له. فهو كحل الزق.

ونقل مهنا: أنه لا يضمن إلا ما أخذ.

قال فى التلخيص: وروى البغوى عن الإمام أحمد رحمه الله: ما يدل على ذلك وينبنى على ذلك: لو خرق الكيس. فإن كان من فوق الشد: لم يضمن إلا الخرق. وإن كان من تحت الشد: ضمن الجميع، على المشهور عند الأصحاب. قاله الزركشى.

الثالث: قوة كلام المصنف، وغيره: تقضى أنه لا يضمن بمجرد نية التعدى. بل لابد من فعل، أو قول. وهو صحيح. وهو المقطوع به عند الأصحاب.

وقال القاضى، وقد قيل: إنه يضمن بالنية. لاقترانها بالإمساك. وهو فعل كملتقط نوى التملك فى أحد الوجهين.

وفى الترغيب، قال الحارثى: وحكى القاضى فى تعليقه: وجهًا بالضمان.

قال الزركشى: وقد ينبنى على هذا الوجه. على أن الذى لا يؤاخذ به هو الهَمُّ. أما العزم: فيؤاخذ به على أحد القولين. انتهى.

وتأتى مسألة اللقطة فى بابها. عند قوله «ومن أمن نفسه عليها»

---

(١) انظر المغنى (٢٩٥/٧).

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً: ضَمِنَهَا، وَلَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ﴾.

إن كان الصبى غير مميز: فالحكم كما قال المصنف.

وكذا إن كان مميزًا، ولم يكن مأذونًا به.

وإن كان مأذونًا به له: صح إيداعه فيما أذن له بالتصرف فيه. قاله المصنف(١)، والشارح.

فائدة: لو أخذ الوديعة من الصبى تخليصًا لها من الهلاك، على وجه الحسبة.

فقال فى التلخيص: يحتمل أن لا يضمن، كالملك الضائع إذا حفظه لصاحبه. وهو الأصح. ويحتمل أن يضمن. لأنه لا ولاية له عليه.

قال: وهكذا يخرج إذا أخذ المال من الغاصب تخليصًا، ليرده إلى مالكه. انتهى.

واقتصر الحارثى على حكاية كلامه. وقدم ما صححه فى التلخيص فى الرعاية وقطع به فى الكافى(٢).

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْدَعَ الصَّبِيَّ وَدِيعَةً، فَتَلِفَتْ بِتَفْرِيطِهِ: لَمْ يَضْمَنْ وَكَذَلِكَ الْمَعْتُوهُ﴾.

وهذا الصحيح من المذهب. جزم به فى المغنى(٣)، والشرح(٤)، والتلخيص، والوجيز، والفائق، وشرح الحارثى، وغيرهم.

وفيه وجه آخر: أنه يضمن. وأطلقهما فى الفروع فى أول باب الحجر.

قوله: ﴿وَإِنْ أَتْلَفَهَا: لَمْ يَضْمَنْ﴾.

هذا المذهب. وعليه أكثر الأصحاب.

قال فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص: وقال غير القاضى من أصحابنا: لا يضمن. انتهوا.

قال الحارثى: قال ابن حامد: هذا قياس المذهب. وإليه صار القاضى آخرًا.

وذكره ولده أبو الحسين، ولم يذكر القاضى فى رؤوس المسائل سواه.

---

(١) جزم به المصنف فى المغنى فقال: (فإن كان الصبى مميزا أصبح إيداعه لما أذن له فى التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك) المغنى (٢٩٦/٧).

(٢) ذكره فى الكافى فقال: (فإن خاف أنه إن لم يأخذه منهم أتلفوه لم يضمنه إن أخذه لأنه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه كما لو جحده فى سيل فأخرجه منه) الكافى (٢٠٩/٢).

(٣) قطع به فى المغنى فقال: (فإن أودع رجل عند صبى أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط فى حفظها لأن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ) المغنى (٢٩٦/٧).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣١٢/٧).

وكذا قال القاضى أبو الحسين، وأبو الحسن بن بكروس.

قال ابن عقيل: وهو أصح عندى. وقدمه فى الخلاصة.

وقال القاضى: يضمن. اختاره المصنف[(١)]، والشارح.

قال الحارثى: واختاره أبو على بن شهاب، ولم يورد الشريفان ـ أبو جعفر، والزيدى ـ وأبو المواهب الحسين بن محمد العكبرى، والقاسم بن الحسن الحداد: سواه. انتهى. وصححه الناظم.

وهذا المذهب، على ما اصطلحناه.

وأطلقهما فى المذهب، ومسبوك الذهب، والرعايتين، والحاوى الصغير، والمحرر، والفروع.

فائدة: المجنون كالصبى. وكذا السفيه، عند المصنف، والشارح، وجماعة. ففيه الخلاف.

وقيل: إتلافه موجب للضمان كالرشيد. وقطع به القاضى فى المجرد، وصاحب التلخيص.

قال الحارثى: وإلحاقه بالرشيد أقرب.

قلت: وهو الصواب.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً، فَأَتْلَفَهَا: ضَمِنَهَا فِى رَقَبَتِهِ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، وشرح ابن منجا. وقدما فى المستوعب، والتلخيص.

قال الحارثى: وبه قال الأكثرون من الأصحاب: أبو الخطاب، وابن عقيل وأبو الحسين، والشريفان ـ أبو جعفر، والزيدى ـ وابن بكروس، والسامرى، وصاحب التلخيص. انتهى.

والوجه الثانى: يضمنها فى ذمته. وأطلقهما فى المغنى[(٢)]، والمحرر، والشرح[(٣)]، والفروع.

ولنا وجه فى المذهب ـ ذكره القاضى فى المجرد، وغيره ـ بعدم الضمان مطلقا، تخريجًا من مثله فى الصبى. ورده الحارثى.

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى على قول القاضى فقال: (فإن أتلفها أو أكلها ضمنها) المغنى (٧/٢٩٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: - وإن أودع عبدًا وديعة خرج على الوجهين فى الصغير - إن قلنا لا يضمن الصبى فأتلفها العبد كانت فى ذمته. وإن قلنا يضمن كانت فى رقبته) المغنى (٧/٢٩٧).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/٣١٢).

تنبيه: قيل إن الوجهين اللذين فى العبد: مبنيان على الوجهين فى الصبى. وهو قول المصنف، والشارح، والقاضى، وصاحب الفائق. ورده الحارثى.

وقال فى المستوعب، والتلخيص: ويضمن. ويكون فى رقبته. سواء كان محجورًا عليه، أو مأذونًا له.

قال الحارثى: صرح به غير واحد. وهو مقتضى إطلاق المصنف. كما فى الجناية على النفس. انتهى.

وهى طريقته فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

فائدة: المدبر، والمكاتب، والمعلق عتقه على صفة، وأم الولد: كالقن. فيما تقدم. قاله الحارثى، وغيره.

قوله: ﴿وَالْمُودَعُ أَمِينٌ. وَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِيما يَدَّعِيه مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ﴾.

يعنى: مع يمينه. هذا المذهب بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع.

قال فى التلخيص، وغيره: هذا المذهب.

وعنه: إن دفعها المودع ـ بكسر الدال ـ إلى المودع ـ بفتح الدال ـ ببينة: لم تقبل دعوى الرد إلا ببينة. نص عليه فى رواية أبى طالب، وابن منصور.

قال الحارثى: وهذا ما قاله ابن أبى موسى فى الإرشاد.

وخرجها ابن عقيل على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب فيكون تركه تفريطا. فيجب فيه الضمان.

وقيل: لا يحتاج إلى يمين مع دعوى التلف.

قال الحارثى: المذهب لا يحلف مدعى الرد والتلف، إذا لم يتهم.

وتأتى المسألة قريبًا بأتم من هذا.

تنبيه: محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف. فإن تعرض لذكر سبب التلف: فإن أبدى سببًا خفيًا ـ من سرقة، أو ضياع ونحوه ـ قبل أيضًا. ذكره الأصحاب.

وإن أبدى سببًا ظاهرًا ـ من حريق منزل أو غرقه، أو هجوم غارة ونحو ذلك ـ فالصحيح من المذهب: أنه لا يقبل قوله إلا ببينة بوجود ذلك السبب فى تلك الناحية. وعليه جماهير الأصحاب. منهم ابن أبى موسى، والقاضى، وابن عقيل، والمصنف فى

الكافى[١] وصاحب التلخيص، والمحرر[٢]، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم. وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله ما يشعر به.

قال فى التلخيص، وغيره: ويكفى فى ثبوت السبب الاستفاضة. وقاله فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وقال فى المغنى[٣]، وجماعة من الأصحاب: يقبل قوله أيضًا.

وتقدم نظير ذلك فى الوكالة.

فائدة: لو منع المودع ـ بفتح الدال ـ صاحب الوديعة منها، أو ماطلة بلا عذر، ثم ادعى تلفًا: لم يقبل إلا ببينة. لخروجه بذلك عن الأمانة.

قوله: ﴿وَأَذِنَ فى دَفْعِها إِلَى إِنْسَانٍ﴾.

يعنى إذا قال المودع ـ بفتح الدال ـ للمودع: أذنت لى فى دفعها إلى فلان فدفعتها. فأنكر الإذن. فالقول قول المودع ـ بفتح الدال ـ على الصحيح من المذهب. كما قال المصنف، ونص عليه فى رواية ابن منصور.

وقطع به فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[٤]، والتلخيص، والشرح[٥]، والمحرر[٦]، والفائق، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وهو من مفردات المذهب.

وقيل: لايقبل قوله.

قال الحارثى: وهو قوى.

وقيل: ذلك كوكالة فى قضاء دين.

ولا يلزم المدعى عليه للمالك غير اليمين، ما لم يقر بالقبض.

---

(١) قطع به المصنف فى الكافى فقال: (إن ادعى تلفها بأمر خفى قبل قوله مع يمينه وإن كان بأمر ظاهر فعليه إقامة البينة بوجوده فى تلك الناحية ثم القول قوله مع يمينه) الكافى (٢/ ٢١٣).

(٢) قاله فى المحرر على وجه آخر: (فإن ادعى تلفا لم يسمع منه وإن أتى بينة نص عليه وقيل يسمع بالبينة) المحرر (١/ ٣٦٤).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: (القول قوله مع يمينه) المغنى (٧/ ٢٩١).

(٤) قطع به فى المغنى فقال: (فالقول قول المودع نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور لأنه ادعى دفعا يبرأ به من الوديعة) المغنى (٧/ ٢٩٢).

(٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/ ٣١٦).

(٦) جزم به فى المحرر فقال: (وإذا قال أذنت لى فى دفعها إلى فلان وقد فعلت قبل قوله عليه فيهما) المحرر (١/ ٣٦٤).

وذكر الأزجي: إن ادعى الرد إلى رسول موكل ومودع. فأنكر الموكل: ضمن. لتعلق الدفع بثالث. ويحتمل لا.

وإن أقر، وقال: قَصَّرت لترك الإشهاد: احتمل وجهين.

قال: واتفق الأصحاب أنه لو وكله بقضاء دينه، فقضاه فى غيبته، وترك الإشهاد: ضمن. لأن مبنى الدين على الضمان. ويحتمل إن أمكنه الإشهاد فتركه ضمن. انتهى.

قال فى الفروع: كذا قال.

فائدتان

إحداهما: لو ادعى الأداء إلى وارث لمالك لم يقبل إلا ببينة. قاله فى التلخيص، و اقتصر عليه الحارثي. وكذا دعوى الأداء إلى الحاكم.

الثانية: لو ادعى الأداء على يد عبده، أو زوجته، أو خازنه: فكدعوى الأداء بنفسه.

قوله: ﴿وَمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ أَوْ تَفْرِيطٍ﴾.

يعنى: القول قوله. وهذا بلا نزاع(١).

فائدة: هل يحلف مدعى الرد والتلف، والإذن فى الدفع إلى الغير، ومنكر الجناية والتفريط، ونحو ذلك؟

قال الحارثي: المذهب لايحلف إلا أن يكون متهما. نص عليه من وجوه كثيرة. وكذا قال الخرقى، وابن أبى موسى فى الوكيل.

وأطلق المصنف فى كتابيه، وكثير من الأصحاب: وجوب التحلف.

قال: ولا أعلمه عن الإمام أحمد رحمه الله نصا ولا إيماء. انتهى.

والمذهب عند أكثر الأصحاب المتأخرين: ما قاله المصنف وغيره.

وتقدم التنبيه على بعضه قريبًا.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: لَمْ يُودِعْنِي، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ. فَادَّعَى الرَّدَّ، أَوِ التَّلَفَ: لَمْ يُقْبَلْ، وإِنْ أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً﴾.

---

(١) انظر المغنى حيث قال: (والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف وقال ابن المنذر: أجمع كل من حفظ من أهل العلم على أن المودع إذا حرزا الوديعة ثم ذكر إنها ضاعت أن القول قوله وقال: أكثرهم مع يمينه) المغنى (٢٩٢/٧).و الشرح (٣١٥/٧)، والمحرر (٣٦٤/١). العمدة (٢٦٧).

نص عليه. مزاده: إذا ادعى الرد أو التلف قبل جحوده، بأن يدعى عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها. ثم يقر، أو تقوم بينة بها، فيقيم بينة بأنها تلفت، أو ردها يوم الخميس، أو قبله مثلا. فالمذهب فى هذا: كما قال المصنف[١]: من أنه لا يقبل قوله ولا ببينته. نص عليه. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المحرر[٢]، والفروع، وغيرهما، والرعايتين، والحاوى الصغير، وغيرهم.

ويحتمل أن تقبل بينته.

قال الحارثى: وهو المنصوص من رواية أبى طالب. وهو الحق.

وقال: وهذا المذهب عندى. وأطلقهما فى المغنى[٣]، والشرح[٤].

وأما إن ادعى الرد أو التلف بعد جحوده بها، بأن يدعى عليه يوم الجمعة. فينكر، ثم يقر وتقوم البينة به. فيقيم بينته بتلفها أو ردها يوم السبت، أو بعده مثلا. فهذا تقبل فيه البينة بالرد. قولا واحدًا.

وتقبل فى التلف على الصحيح من المذهب. جزم به فى المحرر[٥]، والوجيز.

قال فى الفروع: والأصح وتسمع بتلف.

وقيل: لا تقبل. وهو ظاهر كلام المصنف هنا، وأبى الخطاب، والسامرى، وصاحب التلخيص، والمنتخب، والزركشى، وجماعة. لأنهم أطلقوا.

قلت: وهو الصواب.

واقتصر فى المحرر[٦] على قبول قوله إذا ادعى ردًا متأخرًا.

فظاهره: أنه إذا ادعى تلفًا متأخرًا: لا يقبل. وكذا قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والمنور. وصرح به فى شرح المحرر، وتذكرة ابن عبدوس.

فائدتان

إحداهما: لو شهدت بينة بالتلف أو الرد، ولم تعين: هل ذلك قبل جحوده أو

---

(١) قطع به المغنى فقال: (لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافى للأمانة) المغنى (٢٩٠/٧).

(٢) قال فى المحرر: (لم يسمع منه. وإن أتى ببينة) المحرر (٣٦٤/١).

(٣) ذكر الإطلاق فى المغنى وقال فيه وجهان: (أحدهما: لا تسمع لانه مكذب لها بإنكاره الإيداع - والثانى: - تسمع ببينه لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينه به) - المغنى (٢٩١/٧).

(٤) ذكر الوجهين أيضا فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣١٨/٧).

(٥) قاله فى المحرر قال: (وقيل: يسمع بالبينة) المحرر (٣٦٤/١).

(٦) صرح به فى المحرر فقال: (وإن ادعى رداً متأخرا وله بينة سمعت) المحرر (٣٦٤/١).

بعده؟ واحتمل الأمرين: لم يسقط الضمان.

قلت: ويحتمل السقوط. لأنه الأصل.

الثانية: لو قال: لك وديعة. ثم ادعى ظن بقائها، ثم علم تلفها. أو ادعى الرد إلى ربها، فأنكره ورثته. فهل يقبل قوله؟ فيه وجهان. وأطلقهما في الفروع. وأطلقهما في الأولى في الرعاية الكبرى.

أحدهما: لايقبل قوله في المسألة الأولى.

وقدمه في المغني عند قول الخرقي:«وإذا قال: عندي عشرة دراهم، ثم قال: وديعة».

وقدمه الشارح في باب ما إذا وصل بإقراره ما يغير. وهو ظاهر كلام ابن رزين في شرحه.

وقال القاضي: يقبل قوله. لإن الإمام أحمد رحمه الله قال - في رواية ابن منصور — إذا قال: لك عندي وديعة دفعتها إليك: صدق. انتهى.

قلت: وهذا الصواب.

وأما إذا ادعى الرد إلى ربها، وأنكره ورثته. فالصحيح: أنه يقبل قوله. كما لو كان حيًا.

ثم وجدته في الرعاية الكبرى قطع بأنه لا يقبل إلا ببينة.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: مَالَكَ عِنْدِي شيْءٌ: قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الرَّدّ وَالتَّلَفِ﴾. بلا نزاع.

لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان. لاستقرار حكمه بالجحود. فيشبه الغاصب. ذكره الشارح. واقتصر عليه الحارثي.

وقال: والإطلاق هنا محمول عليه.

وقال الزركشي: يقبل قوله في الرد والتلف.

ولا فرق بين قبل الجحود وبعده، على ظاهر إطلاق جماعة.

وقال القاضي في المجرد، وقد قيل: إن شهدت البينة بالتلف بعد الجحود: فعليه الضمان. وإن شهدت بالتلف قبله: فلا ضمان.

قوله: ﴿فإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ فَادَّعَى وَارِثُه الرَّدّ: لَمْ يُقْبَلْ إِلاَّ بِبيِّنَةٍ﴾. بلا نزاع.

وكذا حكم دعوى الملتقط، ومن أطارت الريح إلى داره ثوبًا: الرد إلى المالك.

قال فى القواعد: ويتوجه قبول دعواه فى حالة لا يضمن فيها بالتلف. لأنه مؤتمن شرعًا فى هذه الحالة.

ولو ادعى الوارث أن مورثه ردها لم يقبل أيضًا. إلا ببينة عند الأصحاب.

قال الحارثى: وقد يتخرج لنا قول بالقبول من أحد الوجهين، فيما إذا كان عنده وديعة فى حياته لم توجد بعينها، ولا يعلم بقاءها. لأن الأصل عدم الحصول فى يد الوارث. وكذلك ما لو ادعى التلف فى يد مورثه. انتهى.

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين: ولا حاجة إلى التخريج إذن. لأن الضمان على هذا الوجه منتفٍ، سواء ادعى الوراث الرد أو التلف، أو لم يدع شيئًا.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَ الوَارِثِ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا: لَمْ يَضْمَنها﴾. بلا نزاع: ﴿وَبَعْدَهُ يَضْمَنُها فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. صححه فى التصحيح، والنظم، وشرح الحارثى.

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين: والمشهور الضمان. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادى، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى التلخيص. وقال: ذكره أكثر الأصحاب. وقدمه فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير.

والوجه الثانى: لا يضمنها.

قال الحارثى: وهذا لا أعلم أحدًا ذكره إلا المصنف.

قلت: قد أشار إليه فى التلخيص وغيره.

وأطلقهما فى المغنى، والشرح[(١)]، وشرح الحارثى، وابن منجا، والرعاية الكبرى.

وقيل: لا يضمنها إن لم يعلم بها صاحبها. جزم به فى المحرر[(٢)]، وتذكرة ابن عبدوس.

وقال فى الرعاية الصغرى: وهو أولى. وأطلقهن فى الفروع، والفائق.

---

(١) ذكر الاطلاق فى الشرح فقال: (فإن تلفت بعد الإمكان ففيه وجهان: أحدهما: يضمنها لتأخر ردها مع إمكانه – والثانى: – لا يضمنها لأنه غير متعد فى إثبات يده عليها إنما حصلت فى يده بغير فعله) الشرح (٣٢٢/٧).

(٢) قطع به فى المحرر فقال: (فإن تلفت عند الوارث لم يضمن إلا إذا أمكنه الرد ولم يعلم ربها بها) المحرر (٣٦٤/١).

فائدة: إذا حصل فى يده أمانة بدون رضى صاحبها: وجبت المبادرة إلى ردها، مع العلم بصاحبها والتمكن منه. ودخل فى ذلك اللقطة.

وكذا الوديعة، والرهن، ونحوها: إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه.

وكذا لو أطارت الريح ثوبًا إلى داره لغيره.

ثم إن كثيرًا من الأصحاب قالوا هنا: الواجب الرد.

وصرح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين: أما الرد، أو الإعلام. كما فى المستوعب، والمغنى[1]، والمحرر[2]، والشرح[3]. وذكره نحوه ابن عقيل. وهو مراد غيرهم.

ثم إن الثوب: هل يحصل فى يده، لسقوطه فى داره من غير إمساك أولا؟.

قال القاضى: لا يحصل فى يده بذلك. وخالف ابن عقيل.

والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما إذا حصل فى أرضه من المباحات: هل يملكها بذلك أم لا؟ على ماتقدم فى كتاب البيع.

وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك. كالوديعة، والوكالة، والشركة، والمضاربة: يجب الرد على الفور لزوال الائتمان. صرح به القاضى فى خلافة. وسواء كان الفسخ فى حضرة الأمين، أو غيبته.

وظاهر كلامه: أنه يجب فعل الرد.

وعلى قياس ذلك: الرهن بعد استيفاء الدين، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة.

وذكر طائفة من الأصحاب فى العين المؤجرة: لا يجب على المستأجر فعل الرد. ومنهم من ذكر فى الرهن كذلك.

ذكر معنى ذلك فى القاعدة الثانية والأربعين.

وأما إذا مات المودع، ولم يبين الوديعة، ولم تعلم: فهى دين فى تركته.

تقدم ذلك فى كلام المصنف، فى أواخر المضاربة.

فائدة جليلة: تثبت الوديعة بإقرار الميت، أو ورثته، أو بينته.

وإن وجد خط موروثه «لفلان عندى وديعة» وعلى كيس «هذا لفلان» عمل به

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (من أطارت الريح إلى داره ثوبا وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فإن أقر ذلك مع الإمكان ضمن) المغنى (٧/٢٩٠).

(٢) انظر المحرر (١/٣٦٤).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٧/٣٢٣).

وجوبًا. على الصحيح من المذهب.

قال فى الفروع: ويعمل به على الأصح.

قال الحارثى: هذا المذهب. نص عليه من رواية إسحاق بن إبراهيم فى الوصية. ونصره، ورد غيره.

وقال: قاله القاضى أبو الحسين، وأبو الحسن بن بكروس. وقدمه فى المستوعب، والتلخيص. وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف.

وقيل: لايعمل به. ويكون تركة.

اختاره القاضى فى المجرد، وابن عقيل، والمصنف[1]. وقدمه الشارح، ونصره وجزم به فى الحاوى الصغير، والنظم.

وإن وجد خطه بدين له على فلان: حلف الوارث، ودفع إليه. قطع به فى المغنى، والشرح[2]، والفروع، وشرح الحارثى، وإعلام الموقعين.

وإن وجد خطه بدين عليه. فقيل: لايعمل به، ويكون تركة مقسومة.

اختاره القاضى فى المجرد، وجزم به فى الفصول، والمذهب. وقدمه فى المغنى، والشرح[3].

وقيل: يعمل به، ويدفع إلى من هو مكتوب بإسمه.

قال القاضى أبو الحسين: المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب بإسمه. أومأ إليه. وجزم به فى المستوعب.

وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف: هو ظاهر ما قطع به فى إعلام الموقعين. وقدمه فى التلخيص. وصححه فى النظم. وهو المذهب عند الحارثى. فإنه قال: والكتابة بالديون عليه كالكتابة بالوديعة، كما قدمنا. حكاه غير واحد. منهم السامرى، وصاحب التلخيص. انتهى.

وتقدم كلامه فى المسألة الأولى. وأطلقهما فى الفروع، والرعاية.

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (إن وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فى وديعة قبل هذا أو كان وديعة لمورثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها) المغنى (٢٩٠/٧).

(٢) ذكره فى الشرح - (فقال: لو فى رنزمانج أبيه دينا على غيره بخط أبيه كان له أن يعمل على خطه ويحلف على استحقاقه بالخط) الشرح (٣٢٥/٧).

(٣) قدمه فى الشرح (فقال: لجواز أن يكون قد رده ونسى الضرب على ما كتب) الشرح (٣٢٤/٧).

قوله: ﴿وَإِن ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنَان، فَأَقَرَّ بهَا لأَحَدِهِما: فَهِيَ لَـهُ مَـعَ يَمِينِـهُ﴾. بلا نزاع أعلمه.

لكن قال الحارثي: وهذا اللفظ ليس على ظاهره. من جهة أنـه مشعر بـأن كمـال الاستحقاق يتوقف على اليمين. وهي إنما تفيد الاستحقاق حـال ردهـا علـى المدعـى عند من قال به، أو حال تعذر كمال البينة، وما نحن فيه ليس واحدًا من الأمرين.

لايقال: المودَع شاهد، ولو كان كذلـك لاعتـبرت لـه العدالـة، وصيغـة الشـهادة. والأمر بخلافه. فتعين تأويله على خلفه للمدعى. انتهى.

قوله: ﴿وَيَحْلِفُ المُودَعُ ـ بفتح الدال ـ أَيْضًا لِلْمُدَّعِي الآخَرِ﴾.

علـى الصحيـح مـن المذهـب. جـزم بـه هنـا فـى المغنـى(١)، والشـرح(٢)، وشـرح الحارثي، والرعاية، والوجيز، والفائق، وغيرهم.

قال في المحرر(٣)، والفروع: حلف في الأصح. ذكراه في باب الدعاوى.

وقيل: لايلزمه يمين

فعلى المذهب :إن نكل فعليه البدل للثانى . بلا نزاع .

فائدتان

إحداهما : لو تبين للمقر بعد القتراع : أنها للمقروع : فقـال الإمـام أحمـد رحمـه الله: قدمضىالحكم.أى لاتنزع من القارع.وعليه القيمة للمقروع.

الثانية :لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبهـا .ثـم تبين خطـوه:ضمنهـا لتفريطـه. صرح به القاضى.وخرج فى القواعدوجهًا بعدم الضمان عليـه.وإنمـا هـو علـى المتلـف وحده

قوله: ﴿وَإنْ أَقَرَّبِهَا لَهُمَا فَهِيَ لَهُمَا. وَيَحْلِفُ لِكلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُماَ﴾.

بلا نزاع أعلمه(٤).

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فإذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف للآخر لأنه منكر لحقه فـإن حلف برئ) المغنى (٢٩٤/٧).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى – الشرح (٣٢٦/٧).

(٣) ذكره فى المحرر هكذا فقال: (فإن تداعياها وهى بيد ثالث فأقر بها لأحدهما بعينه فهى له مع يمينه ثم يحلف المقر للآخر على الأصح) المحرر (٢١٨/٢).

(٤) قطع به المصنف فى المغنى (٢٩٤/٧). وكذلك صاحب الشرح (٣٢٦/٧).

فإن نكل فعليه بذل نصفها لكل واحد منهما. ويلزم كل واحد منهما الحلف لصاحبه كما تقدم.

ولم يذكره المصنف. وكأنه اكتفى بالأول.

قوله: ﴿فَإِنْ قَالَ: لاَ أَعْرِفُ صَاحِبِهَا: حَلَفَ أَنَّهُ لاَيَعْلَمُ﴾.

يعنى يمينا واحدة[١].

إذ أقربها لأحدهما، وقال: لا أعرف عينه.

فلا يخلو: إما أن يصدقاه أولا. فإن صدقاه فلا يمين عليه. إذ لا اختلاف. وعليه التسليم لأحدهما بالقرعة مع يمينه. ذكره فى التلخيص. واقتصر عليه الحارثى. وقال: هو المذهب، ونصوص أحمد تقتضيه.

وإن لم يصدقاه. فلا يخلو: إما أن يكذباه، أويسكتا.فإن لم يكذباه: قبل قوله بغير يمين.

ذكره غير واحد منهم: أبو الخطاب، وأبو الحسين، والشريف أبو جعفر، واقتصر عليه الحارثى.

وذكر عن الشافعية وجهًا آخر. وعلله.

قال الحارثى: وهذا بمجرده حق، إن لم يقم دليل على اعتبار صريح الدعوى لوجوب اليمين. انتهى.

ثم قال القاضى، وغيره: يقرع بين المتداعيين. فمن أصابته القرعة حلف أنها له وأعطى.

وإن كذباه: حلف أنه لايعلم. كما قال المصنف.

قال الحارثى: وهو قول القاضى ومن بعده من الأصحاب.

وتقدم أن المذهب: لايمين على مدعى التلف ومنكر الجناية والتفريط ونحوه، إلا أن يكون متهما. وهذا كذلك. فلا يمين على المذهب. نظرًا إلى أن المالك ائتمنه.

وعلى القول بالحلف: يحلف يمينا واحدة. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (وإن قال هى لأحدهما لا أعرفه، عينا فاعترفا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه وإن ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك) المغنى (٢٩٤/٧). والشرح (٣٢٧/٧).

وقال الحارثي: خلافًا لأبي حنيفة. لتغاير الحقين. كما في إنكار أصل الإيداع. قال: وهذا قوي. انتهى.

وإذا تحرر هذا، فيقرع بينهما. فمن قرع صاحبه حلف وأخذ. كما قال المصنف، ونص عليه في أصل المسألة من وجوه كثيرة.

وإن نكل المودَع عن اليمين. فقال في المحرد: يقضى عليه بالنكول. فيلزمه الحاكم بالإقرار لأحدهما.

فإن أبى، فقياس المذهب: يقرع بينهما. ولم يذكر غرما.

وقال في التلخيص: يقوى عندي أن من جملة القضايا لنكول غرم القيمة. فيغرم القيمة.

قال الحارثي: وكذا قال غيره. وجزم به في الفائق، والزركشي.

فعلى هذا: يؤخذ بالقيمة مع العين. فيقترعان عليهما أو يتفقان.

هذه طريقة صاحب المحرر[١]، وجماعة. وقدمها الحارثي، وقال: في كلام المحرر ما يقتضي الاقتراع على العين. فمن أخذها بالقيمة تعينت القيمة للآخر. قال: وهو أولى. لأن كلا منهما يستحق ما يدعيه في هذه الحالة، أو بدله عند التعذر. والتعذر لايتحقق بدون الأخذ. فتعين الاقتراع. انتهى.

قال في التلخيص: وكذلك إذا قال: «أعلم المستحق، ولا أحلف»

ويأتي الكلام بأتم من هذا في باب الدعاوى والبينات. في القسم الثالث إن شاء الله تعالى.

فائدة: إذا قامت البينة بالعين لأخذ القيمة: سلمت إليه. وردت القيمة إلى المودع، ولا شيء للقارع.

قوله: ﴿وَإِنْ أَوْدَعهُ اثْنَانِ مَكِيلاً، أَوْ مَوْزُونًا. فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ: سَلَّمَهُ إِلَيْه﴾.

مراده: إذا كان ينقسم. وهو معنى قول بعض الأصحاب: «لاينقص بتفرقة»، وهذا المذهب[٢]. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك

---

(١) انظر المحرر (٢/٢١٨).

(٢) ذكره في الشرح فقال: (فطلب أحدهما نصيبه سلمه إليه لأن قسمته ممكنه بغير غبن ولا ضرر) الشرح (٧/٣٣١). والمحرر (١/٣٦٤).

المذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والوجيز وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والرعايتين، والحاوى الصغير، وشرح الحارثى، وغيرهم.

وقيل: لا يلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أو الحاكم. اختاره القاضى، والناظم.

وكذا الحكم لو كان الشريك حاضرًا، وامتنع من المطالبة بنصيبه والإذن فى التسليم إلى صاحبه.

قوله: ﴿وَإِنْ غُصِبَتِ الوَدِيعَة: فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى المذهب، والمغنى[1] والشرح[2]، والفائق، والحاوى الصغير.

أحدهما: له المطالبة بها. وهو المذهب. اختاره أبو الخطاب فى الهداية. وصححه فى التصحيح؛ والنظم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الفروع، والرعايتين.

والوجه الثاني: ليس له ذلك. اختاره القاضى. وصححه فى البلاغة. وقدمه فى المستوعب، والخلاصة، والتلخيص. ومال إليه الحارثى.

فوائد

إحداها: حكم المضارب، والمرتهن، والمستأجر فى المطالبة ــ إذا غصب منهم ما بأيديهم ـ حكم المودع. قاله أكثر الأصحاب. وقدم فى الخلاصة أنه ليس له المطالبة فى الوديعة. وجزم بالجواز فى المرتهن، والمستأجر. ومال إليه الحارثى.

وقال المصنف فى المضارب: لا يلزمه المطالبة مع حضور رب المال.

الثانية: لو أكره على دفع الوديعة لغير ربها: لم يضمن. قاله الأصحاب. ذكره الحارثى.

قلت: منهم القاضى فى المجرد، وابن عقيل فى الفصول، والمصنف فى المغنى[3] وصاحب التلخيص، والشارح، وغيرهم.

---

(١) قال المصنف فى المغنى فقال: (وإن غصبت الوديعة من المودع قهرا فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لأن الإكراه عذر له يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا) المغنى (٢٩٧/٧).

(٢) ذكر صاحب الشرح الإطلاق – فقال: (على وجهين: له المطالبة بها لأنه مأمور بحفظها وذلك من حفظها – والثانى: – ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهرا أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لأن الإكراه عذر له يبيح دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا) الشرح (٣٣١/٧).

(٣) قال: المصنف فى المغنى: (أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لأن الأكراه عذر له يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهرا). المغنى (٢٩٧/٧).

قال المجد فى شرحه: المذهب لا يضمن. انتهى.

وفى الفتاوى الرجبيات عن أبى الخطاب، وابن عقيل: الضمان مطلقًا. لأنه افتدى به ضرره.

وعن ابن الزاغونى: إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد: فعليه الضمان ولا إثم. وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان. ذكره فى القاعدة السابعة والعشرين.

وإن صادره السلطان: لم يضمن على الصحيح من المذهب. اختاره أبو الخطاب. وقدمه فى الفروع.

وقال أبو الوفاء: يضمن إن فرط.

وإن أخذها منه قهرًا: لم يضمن عند أبى الخطاب. وقطع به فى التلخيص، والفائق.

وعند أبى الوفاء: إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالا، ويضمن.

وقال القاضى فى الخلاف، وأبو الخطاب فى الانتصار: يضمن المال بالدلالة. وهو المودَع.

وفى فتاوى ابن الزاغونى: من صادره سلطان، ونادى بتهديد من عنده وديعة فلم يحملها، إن لم يعينه، أو عينه وتهدده ولم ينله: أثم وضمن، وإلا فلا. انتهى.

قال الحارثى، وإذا قيل: التوعد ليس أكراها. فتوعده السلطان حتى سلم. فجواب أبى الخطاب، وابن عقيل، وابن الزاغونى: وجوب الضمان، ولا إثم. وفيه بحث.

وإذا قيل: إنه إكراه. فنادى السلطان: من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا. فحملها من غير مطالبة: أثم وضمن. وبه أجاب أبو الخطاب، وابن عقيل فى فتاويهما.

وإن آل الأمر إلى اليمين ولابد: حلف متأولا.

وقال القاضى فى المجرد: له جحدها.

فعلى المذهب: إن لم يحلف حتى أخذت منه: وجب الضمان، للتفريط. وإن حلف ولم يتأول أثم.

وفى وجوب الكفارة روايتان. حكاهما أبو الخطاب فى الفتاوى.

قلت: والصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه، وعلمه بذلك ولم يفعله.

ثم وجدت في الفروع في باب جامع الأيمان، قال: ويكفر على الأصح إن إكره على اليمين بالطلاق.

فأجاب أبو الخطاب: بأنها لا تنعقد، كما لو أكره على إيقاع الطلاق.

قال الحارثي: وفيه بحث. وحاصله: إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيرًا يوازى الضرر في صور الإكراه: فهو إكراه لايقع، وإلا وقع على المذهب. انتهى.

وعند ابن عقيل: لا يسقط لخوفه من وقوع الطلاق. بل يضمن بدفعها افتداء عن يمينه.

وفي فتاوى ابن الزاغوني: إن أبى اليمين بالطلاق، أو غيره. فصار ذريعة إلى أخذها. وكإقراره طائعًا. وهو تفريط عند سلطان جائر. نقله في الفروع في باب جامع الأيمان.

الثالثة: لو أخّر رد الوديعة بعد طلبها، بلا عذر: ضمن(١)، وبعذر: لا يضمن. كالخوف في الطريق، والعجز عن الحمل، وعن الوصول إليها، لسيل أو نار. ونحو ذلك.

وفي معنى ذلك: إتمام المكتوبة، وقضاء الحاجة، وملازمة الغريم يخاف فوته. ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام، والمطر الكثير، والوحل الغزير، أو لكونه في حمام، حتى يخرج. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع.

قال في المغني(٢) وغيره: إن قال أمهلوني حتى آكل فإني جائع، أو أنام فإني ناعس، أو ينهضم الطعام عني فإني ممتلئ: أمهل بقدر ذلك.

قال الحارثي: وهو الصحيح، قال: والظاهر من كلام غير واحد: منع التأخير اعتبارًا بإمكان الدفع.

قلت: وهو ظاهر كلام الخرقي.

وقال في الترغيب والتلخيص: إن أخّر لكونه في حمام، أو على طعام إلى قضاء غرضه: ضمن، وإن لم يأثم على وجه.

---

(١) جزم به في المغني فقال: (ضمنها لأنه صار غاصبا لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب) المغني (٢٨٩/٧). والشرح (٣١٣/٧). والكافي (٢١٣/٢)، والعمدة (٢٦٧).
(٢) ذكره في المغني بنصه وتمامه. (المغني ٢٨٩/٧).

واختاره الأزجي فقال: يجب الرد بحسب العادة، إلا أن يكون تأخيره لعذر. ويكون سببا للتلف. فلم أرَ نصا. ويقوى عندى: أنه يضمن لأن التأخير إنما جاز بشرط سلامة العاقبة. انتهى.

الرابعة: لو أمره بالرد إلى وكيله فتمكن،وأبىَ:ضمن.على الصحيح من المذهب،ولو لم يطلبها وكيله. قاله فى التلخيص، والفروع.

وقيل: لا يضمن إلا إذا طلبها وكيله، وأبى الرد.

و إذا دفعها إلى الوكيل و لم يشهد، ثم جحد الوكيل: لم يضمن بترك الإشهاد. بخلاف الوكيل فى قضاء الدين: فإنه يضمن بترك الإشهاد. لأن شأن الوديعة الإخفاء. قاله فى التلخيص وغيره.

وتقدم إذا ادعى فى دفعها إنسان فى كلام المصنف وهناك. ما يتعلق بهذا.

الخامسة، لو أخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر: ضمن، كما تقدم نظيره فى الوديعة. وهذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

وقيل: لا يضمن. واختاره أبو المعالى، بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع.

قلت: الأمر المجرد عن القرينة: هل يقتضى الوجوب أم لا؟

فيه خمسة عشر قولاً للعلماء.

من جملتها: أن أمر الشارع للوجوب دون غيره. كما اختاره أبو المعالى.

والصحيح من المذهب: أنه للوجوب مطلقًا.

ذكر الأقوال ومن قال بكل قول فى القواعد الأصولية فى القاعدة الثالثة والأربعين.

السادسة: لو قال: خذ هذا وديعة اليوم لا غدًا، وبعده يعود وديعة. فقيل: لا تصح الوديعة من أصلها.

وقيل: تصح فى اليوم الأول دون غيره.

وقيل: تصح فى اليوم الأول، وفى بعد الغد.

قال القاضى فى التعليق: هى وديعة على الدوام. ذكره عنه الحارثى. وأطلقهن فى الفروع.

وإن أمره برده فى غد، وبعده تعود وديعة: تعين رده.

السابعة: لو قال له: كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة، فأنت أمين: صح. لصحة تعليق الإيداع على الشرط، كالوكالة. صرح به القاضى. قاله فى القاعدة الخامسة والأربعين.

* * *

باب إحياء الموات

قوله: ﴿وَهِيَ الأَرْضُ الدَّاثِرَةُ الَّتِيْ لاْ يُعْلَمُ أَنَّهاَ مُلِكَتْ﴾.

قال أهل اللغة[1] :«الموات من الأرض هى التى لم تستخرج و لم تعمر».

قال الحارثى: وظاهر إيراد المصنف: تعريف«الموات» بمجموع أمرين: الاندراس، وانتفاء العلم، تحصيلاً للمعنى المتقدم عن أهل اللغة: أنه الذى لم يستخرج، و لم يعمر. وعليه نص الإمام أحمد رحمه الله، وذكره.

قال: ولو اقتصر المصنف على ما قالوا لكان أولى وأبين. فإن الدثور يقتضى حدوث العطل بعد أن لم يكن، حيث قالوا: قدم ودرس. وذلك يستلزم تقدم عمارة. وهو مناف لانتفاء العلم بالملك.

قال: ويحتمل أن يريد بالداثرة: التى لم تستخرج و لم تعمر. وهو الأظهر من إيراده لقوله بعده :«فإن كان فيها آثار الملك».

فعلى هذا يكون وصف«انتفاء العلم بالملك» تعريفًا لما يملك بالإحياء من الموات، لا لماهية الموات. وذلك حكم من الأحكام.

ثم ما يملك بالإحياء، لا يكفى فيه ماقال. فإن حريم العامر، وما كان حمى أو مصلى: لايملك، مع أنه غير مملوك.

ويرد أيضًا على ماقال: ماعلم ملكه لغير معصوم. فإنه جائز الإحياء. قال: والأضبط فى هذا: ما قيل: «الأرض المنفكة عن الاختصاصات، وملك المعصوم» فيدخل كل ما يملك بالإحياء. ويخرج كل ما لايملك به. انتهى.

---

(١) تعريف المغنى: لإحياء الموات قال هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميته ومواتا وموتانًا بفتح الميم والواو) المغنى (١٤٧/٦) وكذلك فى الشرح (١٤٧/٦) وفى العمدة (الأرض الداثرة التى لا يعرف لها مالك فمن أحياها ملكها) والعمدة (٢٥٨). وكذلك فى الكافى (٢٤٣/٢).

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ، وَلاَ يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ: فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

إن كان الموات لم يجر عليه ملك لأحد، ولم يوجد فيه أثر عمارة: ملك بالإحياء بلا خلاف. ونص عليه مرارًا.

وإن عُلم له مالك بشراء أو عطية، والمالك موجود ـ هو أو أحد من ورثته: لم يملك بالإحياء بلا خلاف، بل هو إجماع. حكاه ابن عبد البر وغيره.

وإن كان قد ملك بالإحياء، ثم تُرك حتى دثر وعاد مواتاً: فهذا أيضًا لا يملك بالإحياء كذلك، إذا كان لمعصوم.

وإن علم ملكه لمعين غير معصوم، فإذا أحياه بدار الحرب واندرس: كان كموات أصلى. يملكه المسلم بالإحياء. قاله فى المحرر(١). وقدمه الحارثى.

وقال القاضى، وابن عقيل، وأبو الفرج الشيرازى: لايملك بالإحياء.

قال الحارثى: ويقتضيه مطلق نصوصه.

وإن كان لا يعلم له مالك. فهو أربعة أقسام:

أحدها: ما أثر الملك فيه غير جاهلى، كالقرى الخربة، التى ذهبت أنهارها، ودرست آثارها. وقد شملها كلام المصنف. ففى ملكها بالإحياء روايتان. وأطلقهما الحارثى، وغيره.

إحداهما: لا تملك بالإحياء.

والرواية الثانية: تملك بالإحياء. وصححه فى الحاوى الصغير، والفائق، والنظم. وأطلقوا.

والصحيح من المذهب: التفرقة بين دار الحرب ودار الإسلام. كما يأتى قريبًا

تنبيه: لفظ المصنف وغيره: يقتضى تعميم الخلاف فى المندرس بدار الإسلام وبدار الحرب.

وقد صرح به فى كل منهما: القاضى، وابن عقيل، والقاضى أبو الحسين، وأبو الفرج الشيرازى، والمصنف فى المغنى(٢)، والشارح، وغيرهم.

قال الحارثى: وبالجملة، فالصحيح: المنع فى دار الإسلام. وكذا قال الأصحاب.

---

(١) ذكره صاحب المحرر (٣٦٧/١).

(٢) ذكره فى المغنى (لأنه قال: لا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام لعموم الأخبار). المغنى (١٤٩/٦).

بخلاف دار الحرب. فإن الأصح فيه الجواز. ولم يذكر ابن عقيل فى التذكرة سواه.

قال فى الرعايتين: وتملك بالإحياء - على الأصح - قرية خراب، لم يملكها معصوم.

وإذا قيل بالمنع فى دار الإسلام: كان للإمام إقطاعه. قاله الأصحاب: القاضى فى الأحكام السلطانية، وصاحب المستوعب، والتلخيص، وغيرهم.

القسم الثانى: ما أثر الملك فيه جاهلى قديم - كديارِ عاد، ومساكن ثمود، وآثار الروم - وقد شملها أيضًا كلام المصنف. وكذا كلام القاضى، وابن عقيل، وغيرهم من الأصحاب.

ولم يذكر القاضى فى الأحكام السلطانية خلافًا فى جواز إحيائه. وكذلك المصنف فى المغنى(١). وهو الصحيح من المذهب. وهى طريقة صاحب المحرر(٢)، والوجيز، وغيرهما.

قال الحارثى: وهو الحق، والصحيح من المذهب. فإن الإمام أحمد رحمه الله وأصحابه لا يختلف قولهم فى البئر العادية. وهو نص منه فى خصوص النوع.

وصحح الملك فيه بالإحياء: صاحب التلخيص، والفائق، والشرح(٣)، والفروع، والتصحيح، وغيرهم.

القسم الثالث: ما لا أثر فيه جاهلى قريب. وقد شمله كلام المصنف. والصحيح من المذهب: أنه يملك بالإحياء. قاله الحارثى وغيره.

والرواية الثانية: لا يملك.

القسم الرابع: ما تردد فى جريان الملك عليه. وفيه روايتان. ذكرهما ابن عقيل فى التذكرة، والسامرى، وصاحب التلخيص، وغيرهم.

وقالوا: الأصح الجواز.

والرواية الثانية: عدم الجواز.

فائدتان

إحداهما: لو ملكها من له حرمة، أو من يشك فيه، ولم يعلم: لم يملك بالإحياء.

---

(١) لم يذكر فعلا صاحب المغنى خلافا فى أن آثار الملك القديم الجاهلى كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوهم فهذه تملك بالإحياء لأن ذلك الملك لا حرمة له، وقد روى عن طاوس عن النبى ﷺ أنه قال: (عادى الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم) رواه سعيد بن منصور) المغنى (١٤٨/٦).

(٢) وكذلك فى المحرر (٣٦٧/١).

(٣) ذكره أيضا فى الشرح كما فى المغنى: الشرح (١٤٨/٦).

على الصحيح من المذهب(١). لأنها فئ.

قال الزركشي: وهو المشهور عنه. وهو مقتضى كلام الخرقى، واختيار أبى بكر والقاضى، وعامة أصحابه، كالشريف، وأبى الخطاب، والشيرازى. انتهى.

وصححه فى التصحيح وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وعنه: تملك بالإحياء.

قال فى الفائق: ملكت فى أظهر الروايات.

وعنه تملك مع الشك فى سابق العصمة. اختاره جماعة. قاله فى الفروع، منهم: صاحب التلخيص. وأطلقهن فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم.

الثانية: لو علم مالكها، ولكنه مات و لم يعقب. فالصحيح من المذهب: أنها لاتملك بالإحياء.

وعنه تملك بالإحياء. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والخلاصة.

فعلى المذهب: للإمام إقطاعها لمن شاء.

قوله: ﴿وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً: فَهِيَ لَهُ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا، بِإِذْنِ الإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ، فِي دَارِ الإِسْلاَمِ وَغَيْرِهَا، إِلاَّ مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ فِي أَرْضِ الكُفَّارِ التِي صُولِحُوا عَلَيْهَا. وَمَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ: لَم يُمْلَكْ بِالإِحْيَاءِ﴾.

ذكر المصنف هنا مسائل:

إحداها: ما أحياه المسلم من الأرض الميتة. فلا خلاف فى أنه يملكه بشروطه الآتية.

الثانية: ما أحياه الكفار، وهم صنفان:

صنف أهل ذمة، فيملكون ما أحيوه. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وصححه فى الخلاصة، وغيرها.

قال الزركشى: هو المنصوص. وعليه الجمهور. وقدمه فى الهداية، والمذهب والمستوعب، والمغنى(٢)، والمحرر(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والشرح(٤)،

---

(١) ذكره فى المحرر (٣٦٧/١).

(٢) ذكره صاحب المغنى فقال: (ولا فرق بين المسلم والذمى فى الإحياء نص عليه أحمد ولعموم قوله ﷺ (من أحيا أرضا ميته فهى له ولأن هذه جهة من جهات التمليك فاشترك فيها المسلم والذمى كسائر جهاته) المغنى (١٥٠/٦).

(٣) ذكره فى المحرر على أحد الأقوال، المحرر (٣٦٧/١).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (١٥٠/٦).

والفروع، والفائق، وشرح الحارثى، وغيرهم.

وقيل: لا يملكه. وهو ظاهر قول ابن حامد.

لكن حمل أبو الخطاب فى الهداية ـ ومن تبعه ـ ذلك على دار الإسلام.

قال الحارثى: وذهب فريق من الأصحاب إلى المنع ـ منهم: ابن حامد ــ أخذًا من امتناع شفعته على المسلم. ورد. وفرق الأصحاب بينهما.

وقيل: لا يملكه بالإحياء فى دار الإسلام.

قال القاضى: هو مذهب جماعة من الأصحاب. منهم ابن حامد.

قال فى المذهب، ومسبوك الذهب: يملكه الذمى فى دار الشرك. وفى دار الإسلام وجهان.

فعلى المذهب المنصوص: إن أحيا عنوة: لزمه عنه الخراج. وإن أحيا غيره: فلا شئ عليه. على الصحيح من المذهب.

قال الزركشى: هذا أشهر الروايتين.

وعنه: عليه عشر ثمره وزرعه.

والصنف الثانى: أهل حرب. فظاهر كلام المصنف: أنهم كأهل الذمة فى ذلك كله. وهو ظاهر كلام جماعة. منهم صاحب الوجيز. وهو أحد الوجهين.

والصحيح من المذهب: أنه لا يملكه بالإحياء. وهو ظاهر كلامه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، الرعايتين، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

قلت: ويمكن حمل كلام من أطلق على أهل الذمة. وأن الألف واللام للعهد. لأن الأحكام جارية عليهم.

لكن يرد على ذلك: كون المسألة ذات خلاف. فيكون الظاهر موافقا لأحد القولين.

ويرده كون المصنف لم يحك فى كتبه خلافًا.

قال الحارثى: والكافر ـ على إطلاقه ـ صحيح فى أراضى الكفار. لعموم الأدلة.

---

(١) قصر صاحب المغنى على أهل الذمة فقط لأنه قال (لأهل دار الاسلام والذمى من أهل الدار تجرى عليه أحكامها وقولهم أنها من حقوق الإسلام وأهل الذمة من أهل الدار فيملكها كما يملكها بالشراء ويملك مباحاتها من الحشيش والحطب والصيود وهى من مرافق دار الإسلام) إذن يفهم من كلام المصنف فى المغنى عدم جواز ذلك لغير أهل الذمة. انظر المغنى (٦/١٥٠).

(٢) وكذلك صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/١٥٠).

وهو الصواب.

الثالثة: إن كان الإحياء بإذن الإمام: فلا خلاف أنه يملكه بذلك.

وإن كان بغير إذنه: ملكه أيضًا. على الصحيح من المذهب. كما جزم به المصنف(١) هنا. فلا يشترط إذنه في ذلك. وعليه جماهير الأصحاب.

قال الزركشي: عليه الأصحاب. نص عليه. وجزم في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، وغيره.

وقيل: لا يملكه إلا بإذنه. وهو وجه في المبهج، ورواية في الإقناع، والواضح.

الرابعة: ما أحياه المسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها على أنها لهم. فهذه لا تملك بالإحياء. على الصحيح من المذهب، كما قطع به المصنف(٢) هنا. وعليه الأصحاب.

وفيه احتمال: أنها تملك بالإحياء كغيرها.

الخامسة: ما قرب من العامر، وتعلق بمصالحه ــ كطرقه وفنائه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه وآلاته، ومرعاه، ومحتطبه، وحريم والبئر والنهر، ومرتكض الخيل، ومدفن الأموات، ومناخ الإبل ونحوها.

فهذا لايملك بالإحياء. وعليه الأصحاب. ونص عليه من رواية غير واحد ولا يُقْطِعه الإمام. لتعلق حقه به. وقيل: لملكه له.

تنبيه: ظاهر قول المصنف: «في دار الإسلام وغيرها» أن موات أرض العنوة كغيره. وهو صحيح: وهو المذهب. جزم به في المستوعب.

وقدمه في المغني(٣) والمحرر(٤)، والشرح(٥)، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

---

(١) قال في المغني: (لأن إحياء الموات لم يفتقر إلى إذن الإمام لعموم قوله ﷺ «من أحيا أرضا فهي له» ولأنها عين مباحة فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش والحطب). المغني (٦/١٨٤).

(٢) قطع به المصنف في الكافي فقال: " وليس للمسلم إحياء أرض في بلد صولح الكفار على المقام فيه لأن الموات تابع للبلد فلم يجز تملكه عليهم كالعامر). الكافي (٢/٢٤٤). وذكره أيضا المصنف في المغني (٦/١٥٣).

(٣) قدمه صاحب المغني فقال: (وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء المفتوح عنوه كأرض الشام والعراق وما أسلم أهله عليه كالمدينة) المغني (٦/١٥٢).

(٤) قدمه أيضا صاحب المحرر (وموات العنوه كغيره يملكه به ولا خراج عليه) المحرر (١/٣٦٧).

(٥) ذكره أيضا صاحب الشرح كما في المغني، الشرح (٦/١٥٢).

قال الحارثى: وهو أقوى.

وعنه: لاتملك بالإحياء لكن تقر بيده بخراجها، كما لو أحياها ذمىّ.

قال الحارثى: وهو المذهب عند ابن أبى موسى، وأبى الفرج الشيرازى.

قال أبو بكر فى زاد المسافر: وبه أقول. انتهى.

وعنه: إن أحياه مسلم فعليه عشر ثمره وزرعه.

وعنه: على ذمى أحيا بغير عنوة: عشر ثمره وزرعه.

وقيل: لا موات فى أرض السواد. وحمله القاضى على عامره.

قال فى الرعاية الكبرى: وقيل لا موات فى عامر السواد. وقيل: ولا غامره.

فائدة: هل يملك المسلم موات الحرم وعرفات بإحيائه؟ يحتمل وجهين وأطلقهما فى التلخيص، والرعاية، والفروع.

قلت: الأولى أنه لا يملك ذلك بالإحياء. ثم وجدت الحارثى قال: هذا الحق.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بمصَالِحِهِ. فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق، والمحرر[(٣)]، وغيرهم.

إحداهما: يملكه بالإحياء. وهو الصحيح من المذهب.

قال فى الكافى[(٤)]: هذا المذهب. وصححه فى المستوعب، والتلخيص، والنظم، والتصحيح، والحارثى، وغيرهم.

قال الزركشى: هى أنصهما وأشهرهما عند الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

والثانية: لا يملكه بإحيائه.

وقيل: يملكه صاحب العامر دون غيره.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (١٥١/٦).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال: (أما ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه فيجوز إحياؤه فى إحدى الروايتين) الشرح (١٥٣/٦).

(٣) ذكر الإطلاق أيضا صاحب المحرر فقال: (فإن لم يتعلق بمصلحته فعلى روايتين) المحرر (٣٦٧/١).

(٤) قطع به المصنف فى الكافى فقال: (ويجوز إحياء ما قرب من العامر إذا لم يتعلق بمصالحه للخبر والمعنى) الكافى (٢٤٣/٢).

فوائد

إحداها: حكم إقطاع ذلك حكم إحيائه.

الثانية: قال فى الفروع: لو اختلفوا فى الطريق وقت الإحياء: جعلت سبعة أذرع. للخبر. ولا تغير بعد وضعها. وإن زادت على سبعة أذرع. لأنها للمسلمين. نص عليه.

واختار ابن بطة أن الخبر ورده فى أرباب ملك مشترك أرادوا قسمته واختلفوا فى قدر حاجتهم.

قلت: قال الجوزجانى فى المترجم عن قول الإمام أحمد رحمه الله: «لا بأس ببناء مسجد فى طريق واسع إذا لم يضر بالطريق» عنى الإمام أحمد رحمه الله من الضرر بالطريق: ما وقت النبى صلى الله عليه وسلم من السبع الأذرع.

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين: كذا قال. قال: ومراده أنه يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع. والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله: أن قول النبى صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع» فى أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء، وتشاحوا فى مقدار ما يتركونه منها للطريق. وبذلك فسره ابن بطة، وأبو حفص العكبرى، والأصحاب. وأنكروا جواز تضييق الطريق الواسع إلى أن يبقى سبعة أذرع. انتهى.

وقدم ما قدمه فى الفروع: فى التلخيص وغيره.

الثالثة: إذا نضب الماء عن جزيرة: فلها حكم الموات. لكل أحد إحياؤها، بعدت أو قربت. ذكره ابن عقيل، والمصنف[1]، والشارح، والحارثى، وغيرهم. ونص عليه.

قال الحارثى: هذا مع عدم الضرر. ونص عليه. انتهى.

الرابعة: ما غلب الماء عليه من الأملاك واستبحر: باق على ملك ملاكه. لهم أخذه إذا نضب عنه. نص عليه. قاله الحارثى وغيره.

وقال فى الفروع: ولا يملك ما نضب ماؤه. وفيه رواية.

تنبيهان

أحدهما: مفهوم قوله: ﴿وَلاَ تُملكُ المَعَادِنُ الظَّاهِرَةُ﴾.

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى على أحد الوجهين رواية عن أحمد عن حرب يروى عن عمر: أنه أباح الجزائر يعنى أباح ما نبت فى الجزائر من النبات) المغنى (٦/١٦١). وذكر أيضا رواية عن أحمد فى الكافى (٢/٢٤٦).

كالملح والقار: والنفط والكحل، والجص، وكذلك الماء والكبريت، والموميا، والبرام، والياقوت، ومقاطع الطين ونحوه: أن المعادن الباطنة تملك. وهو وجه واحتمال للمصنف(١) وهو ظاهر كلام جماعة.

قال الحارثي: ونص عليه في رواية حرب.

والصحيح من المذهب: أنها كالمعادن الظاهرة. فلا تملك.

قال المصنف(٢)، والشارح، وصاحب الفروع، والفائق، وغيرهم: هذا ظاهر المذهب.

قال الحارثي: قال الأصحاب: لايملك بذلك، ولا يجوز إقطاعه. وجزم به في الوجيز، وغيره.

فائدة: حكم المعادن الباطنة إذا كانت ظاهرة: حكم المعادن الظاهرة الأصل

التنبيه الثاني: مفهوم قوله عن المعادن الظاهرة«وليس للإمام إقطاعه» أن للإمام إقطاع المعادن الباطنة. وهو اختيار المصنف، والشارح.

وذكر الحارثي أدلة ذلك، وقال: هذا قاطع في الجواز. فالقول بخلافه باطل. وصححه المصنف وغيره. وقد هداهم الله إلى الصواب. انتهى.

قال في الفائق: ولا يجوز إقطاع مالا يملك من المعادن. نص عليه.

وقال الشيخ: يجوز. فظاهر عبارته إدخال الظاهرة والباطنة في اختيار الشيخ.

والصحيح منْ المذهب: أنه ليس للإمام إقطاعه، كالمعادن الظاهرة.

قال المصنف والشارح: قاله أصحابنا.

وكذا قال الحارثي. وقدمه في الفروع، والفائق، وغيرهما.

تنبيه: مَثَّل المصنف وجماعة ـ رحمهم الله ـ من المعادن الظاهرة: بالملح.

قال الحارثي: وليس على ظاهره. فإن منه ما يحتاج إلى عمل وحفر. وذلك من قبيل الباطن.

---

(١) ذكره المصنف في الكافي (فقال: ولا تملك بالإحياء لأن النبي ﷺ أقطع أبيض بنى حمال معدن الملح فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العد رده) رواه أبو داود والترمذي ولأن هذا مما يحتاج إليه فلو ملك بالاحتجاز ضاق على الناس وغلت أسعاره) الكافي (٢/٢٤٥).

(٢) قاله المصنف في المغني: (أما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروز فإذا كانت ظاهره لم تملك أيضا بالإحياء وإن لم تكن ظاهره فحفرها إنسان وأظهرها لم تملك) المغني (٦/١٥٧).

والصواب: أن المائى منه من الظاهر. وكذا الظاهر من الجبل، وما احتاج إلى كشف يسير.

وأما المحتاج إلى العمل والحفر: فمن قبيل الباطن.

قوله: ﴿فإنْ كانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إذَا حَصَلَ فِيهِ المَاءُ صَارَ مَلْحًا: مُلِكَ بالإحْيَاءِ﴾.

هذا المذهب. قال فى الفروع: والأصح أنه يملكه محييه.

قال فى الرعاية، والفائق، والحاوى الصغير: ملك بالإحياء فى أصح الوجهين. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى[(١)]، والتلخيص، والشرح[(٢)]، والوجيز وغيرهم.

وقيل: لا يملك بالإحياء.

قوله: ﴿وَإِذَا مَلَكَ المحْيِي مَلَكَهُ بمَا فِيهِ مِنَ المعَادِنِ البَاطِنَة. كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالفِضّةِ﴾.

إذا ملك الأرض بالإحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن، ظاهرًا كان أو باطنًا.

قاله الأصحاب. منهم القاضى، وابن عقيل، والمصنف[(٣)]، والشارح، والحارثى، وصاحب الفروع، وغيرهم.

قال الحارثى: وعبارة المصنف هنا لا تفى بذلك. فإنه اقتصر فى موضع الجامد على لفظ«الباطن» وهى عبارة القاضى فى المجرد. فيحتمل أن يريد به ما قاله فى المغنى وغيره. وفى الإيراد قرينة تقتضيه، وهو جعل الجارى قسيما للباطن.

ويحتمل إرادة الظاهر دون الباطن مما هو جامد لا يدخل فى الملك. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ، أَوْ مَعْدِنٍ جَارٍ، أَو كَلأٍ، أَوْ شَجَرٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ. وَهَلْ يَمْلِكُهُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن﴾.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (كموضع على شاطئ البحر إذا صار فيه ماء البحر صار ملحاً ملك بالإحياء وجاز للإمام إقطاعه لأنه لا يضيق على المسلمين بأحداثه) المغنى (١٥٩/٦).

(٢) ذكره أضا فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (١٥٦/٦).

(٣) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (لأنه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها) المغنى (١٥٨/٦). وذكره المصنف فى الكافى أيضا، الكافى (٢٤٦/٢).

إذا ظهر فيه عين ماء فهو أحق بها، وهل يملكه؟ أطلق المصنف فيه روايتين وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب.

إحداهما: لا يملك. وهو الصحيح من المذهب. صححه في المغني[1]، والشرح[2]، والتصحيح، وغيرهم.

وهذه عند المصنف، وكثير من الأصحاب: أصح.

قال في الهداية: وعنه في الماء والكلأ لايملك. وهو اختيار عامة أصحابنا. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المحرر[3]، والفروع، وغيرهما.

الرواية الثانية: يملك. قدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة. واختاره أبو بكر عبد العزيز.

قال الحارثي: وهو الحق.

قال في القواعد: وأكثر النصوص تدل على الملك.

وإذا ظهر فيه معدن جار فهو أحق به. وهل يملك بذلك؟ فيه الروايتان.

قال الحارثي: مأخوذتان من روايتي ملك الماء. ولهذا صححوا عدم الملك هنا لأنهم صححوه هناك. انتهى.

وهذا المذهب ـ أعني عدم ملكه بذلك ـ وصححه من صححه في عدم الملك. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الفروع، والمحرر[4]، وغيرهما.

وعنه: يملك. قال الحارثي: وهو الصحيح. وجزم به في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

قال الحارثي: وهذا المنصوص. فيكون المذهب.

وإن ظهر كلأ أو شجر فهو أحق به، وهل يملكه؟

أطلق المصنف فيه روايتين. وأطلقهما في المذهب.

إحداهما: لايملك. وهو المذهب. نص عليه في رواية إسحاق بن إبراهيم.

---

(١) قال في المغني: (فيه روايتان. أظهرهما: - لا يمكلها لقول النبي ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار» رواه الخلال. ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الارض كالكنز) المغني (١٥٨/٦).

(٢) ذكره أيضا صاحب الشرح كما في المغني، الشرح (١٥٧/٦).

(٣) قاله في المحرر وعبارته: (أما ماؤها وكلؤها ومعدنها الجاري فلا يملكه) المحرر (٣٦٨/١).

(٤) المحرر (٣٦٨/١).

قال فى الهداية: عليه عامة أصحابنا.

قال الحارثى: وهذا أصح عند الأصحاب. منهم المصنف، والشارح. قاله فى البيع من كتابه الكبير. ولم يورد أبو الفرج الشيرازى سواه. وصححه فى الشرح(١)، والتصحيح، وغيرهما. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع. والمحرر(٢)، وغيرهما.

والرواية الثانية: يملكه. قدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة.

قوله: ﴿وَمَا فَضَلَ مِنْ مائِهِ: لَزِمَهُ بَذْلُه لبَهائِمِ غَيْرِهِ﴾.

هذا الصحيح. لكن بشرط أن لا تجد البهائم ماء مباحًا ولم يتضرر بذلك. وهو من مفردات المذهب.

واعتبر القاضى، وابن عقيل، وصاحب المستوعب، والتلخيص، والرعاية، وجماعة: اتصاله بالمرعى.

وظاهر كلام المصنف هنا، وأبى الخطاب، والمحرر(٣)، وغيرهم: عدم اشتراط ذلك. وقدمه فى الفروع. وهو المذهب.

وبذل ما فضل من مائه لزومًا من مفردات المذهب.

قوله: ﴿وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَذْلُهُ لِزَرْعِ غَيْرِهِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن﴾.

وأطلقهما فى المذهب، والخلاصة، والمحرر(٤)، والشرح(٥).

إحداهما: يلزمه. وهو المذهب.

قال فى الفروع: يلزمه على الأصح. لكن قال الإمام أحمد رحمه الله: إلا أن يؤذيه بالدخول، أو له فيه ماء السماء، فيخاف عطشًا. فلا بأس أن يمنعه.

وقدمه فى الهداية، والمستوعب.

---

(١) رجحه صاحب الشرح حيث قال: لا يملكه وهى أصح أى هذه الرواية لقول النبى ﷺ :(الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار) رواية الخلال لأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز) الشرح (١٥٧/٦).

(٢) وكذلك فى المحرر (٣٦٨/١).

(٣) لم يقيد صاحب المحرر بذلك الشرط بل أطلق. قال: (وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم الغير) المحرر (٣٦٨/١).

(٤) ذكر الأطلاق صاحب المحرر (فقال: وفى بذله لزرعه - روايتان) المحرر (٣٦٨/١).

(٥) ذكر الإطلاق أيضاً صاحب الشرح (فقال: على روايتين إحداهما: لا يلزمه لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه - والثانية: - يلزمه لما روى إياس بن عبد أن النبى ﷺ نهى عن بيع فضل الماء) وعن بهنسه عن أبيها أنه قال: يا نبى الله ما الشئ الذى لا يحل منعه قال الماء) رواه أبو داود) الشرح (١٥٧/٦).

قال الحارثي: هذا الصحيح، واختيار أكثر الأصحاب. منهم أبو الخطاب، والقاضي أبو الحسين، والشيرازي، والشريفان ـ أبو جعفر، والزيدي: ـ وهو من مفردات المذهب.

قال الإمام أحمد: ليس له أن يمنع فضل ماء يمنع به الكلأ. للخبر.

قال في القاعدة التاسعة والتسعين: هذا الصحيح.

والرواية الثانية: لا يلزمه. صححه في التصحيح، والقاضي في الأحكام السلطانية، وابن عقيل.

قال الحارثي: ومال إليه المصنف. وجزم به في الوجيز. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق.

وقال في الروضة: يكره منعه فضل مائه ليسق به. للخبر.

فوائد

الأولى: حيث قلنا لا يلزمه بذله: جاز له بيعه بكيل(١)، أو وزن معلوم. ويحرم بيعه مقدارًا بمدة معلومة. خلافًا لمالك.

ويحرم أيضًا بيعه مقدارًا بالري، أو جزافًا. قاله القاضي وغيره، واقتصر عليه في الفروع.

قال القاضي: وإن باع آصُعًا معلومة من سائح: جاز. كماء عين. لأنه معلوم، وإن باع كل الماء: لم يجز. لاختلاطه بغيره.

الثانية: إذا حفر بئرًا بموات للسابلة(٢)، فالناس مشتركون في مائها، والحافر كأحدهم في السقي، والزرع، والشرب. قاله الأصحاب. ومع الضيق يقدم الآدمي. ثم الحيوان. قاله الأصحاب. منهم صاحب الرعايتين، والفروع، والفائق والحاوي الصغير، وغيرهم. ثم زاد في الفائق: ثم الزرع. وهو مراد غيره.

وقال في التلخيص: ومع الضيق للحيوان، ومع الضيق للآدمي. والظاهر أن النسخة مغلوطة.

الثالثة: لو حفرها ارتفاقًا ـ كحفر السفارة في بعض المنازل، وكالأعراب والتركمان ينتجعون أرضًا فيحتفرون لشربهم، وشرب دوابهم ـ فالبئر ملك لهم.

---

(١) ذكره في المحرر فقال: (ولا يجوز بيع شئ منه قبل حيازته وعنه له ذلك ويملكها). المحرر (٣٦٨/١).
(٢) ذكره المصنف في المغني (١٨٢/٦). وذكره في الكافي (٢٤٦/٢).

ذكره أبو الخطاب. وقدمه الحارثى، وقال: هو أصح. وهو الصواب.

وقال القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وجماعة: لا يملكونها. وهو المذهب.

قال فى الفروع: فهم أحق بمائها ما أقاموا.

وفى الأحكام السلطانية: وعليهم بذلك الفاضل لشاربه فقط. وتبعه فى المستوعب، والتلخيص، والترغيب، والرعاية، وغيرهم.

وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين.

فإن عاد المرتفقون إليها، فهل يختصون بها، أم هم كغيرهم؟ فيه وجهان.

وأطلقهما فى التلخيص، والحارثى فى شرحه، والفروع.

أحدهما: هم كغيرهم. واختاره القاضى فى الأحكام السلطانية.

والوجه الثانى: هم أحق بها من غيرهم. اختاره أبو الخطاب فى بعض تعاليقه

قال السامرى: رأيت بخط أبى الخطاب على هامش نسخة من الأحكام السلطانية، قال: محفوظ ـ يعنى: نفسه ـ الصحيح: أنهم إذا عادوا كانوا أحق بها. لأنها ملكهم بالإحياء. وعادتهم أن يرحلوا فى كل سنة، ثم يعودون. فلا يزول ملكهم عنها بالرحيل. انتهى.

قلت: وهو الصواب. وقدمه فى الرعاية الكبرى، والفائق.

قال فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: فهو أولى بها فى أصح الوجهين.

الرابعة: لو حفر تملكا، أو بملكه الحى: فنفس البئر ملك له. جزم به الحارثى وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال فى الرعاية: ملكها فى الأقيس.

قال فى الأحكام السلطانية: إن احتاجت طيًّا: ملكها بعده. وتبعه فى المستوعب، وقال ـ هو وصاحب التلخيص ـ وإن حفرها لنفسه تملكها: فما لم يخرج الماء، فهو كالشارع فى الإحياء. وإن خرج الماء استقر ملكه، إلا أن يحتاج إلى طى، فتمام الإحياء بطيها. انتهيا.

وتقدم: هل يملك الذى يظهر فيها أم لا؟.

قوله: ﴿وَإِحْيَاءُ الأَرْضِ: أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ، أَوْ يُجْرِىَ لَهَا مَاءً، أَوْ يَحْفُرَ فِيهَا بِئْرًا﴾.

مراده بالحائط: أن يكون منيعًا. وظاهر كلامه: أنه سواء أرادها للبناء، أو للزرع، أو حظيرة للغنم والخشب، ونحوهما. وهذا هو الصحيح من المذهب. نص عليه. وقطع به الخرقى، وابن أبى موسى، والقاضى، والشريف أبو جعفر، قاله الزركشى. وصاحب الهداية، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى المستوعب، والشرح[١]، والفروع، وغيرهم.

وقيل: إحياء الأرض: ماعد إحياء. وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء، أو إجراء ماء. وهو رواية عن الإمام أحمد. اختاره القاضى، وابن عقيل، والشيرازى فى المبهج، وابن الزاغونى، والمصنف فى العمدة[٢]وغيرهم.

وعلى هذا قالوا: يختلف باختلاف غرض المحي من مسكن وحظيرة وغيرهما. فإن كان مسكنًا: اعتبر بناء حائط بما هو معتاد، وأن يسقفه.

قال الزركشى: وعلى هذه الرواية: لا يعتبر أن يزرعها ويسقيها، ولا أن يفصلها تفصيل الزرع، ويحوطها من التراب بحاجز، ولا أن يقسم البيوت إذا كانت للسكنى، فى أصح الروايتين وأشهرهما.

والأخرى: يشترط جميع ذلك. ذكرها القاضى فى الخصال. انتهى.

وذكر القاضى رواية بعدم اشتراط التسقيف. وقطع به فى الأحكام السلطانية.

قال الحاثى: وهو الصحيح.

قال فى المغنى[٣]، والشرح[٤]: لا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت.

وقيل: ما يتكرر كل عام ـ كالسقى، والحرث ـ فليس بإحياء، وما لا يتكرر فهو إحياء.

قال الحارثى: ولم يورد فى المغنى خلافه.

تنبيه: قوله:«أو يجرى لها ماء» يعنى إحياء الأرض: أن يجرى لها ماء، إن كانت لا تزرع إلا بالماء.

(١) ذكره فى الشرح فقال: – لما روى الحسن عن سمره أن رسول الله ﷺ قال: (من أحاط حائطا على أرض فهى له) رواه أبو داود وأحمد ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء أشبه مالو جعلها حظيرة للغنم) الشرح (٦/١٦٠).

(٢) ذكره المصنف فعلا فى العمدة (٢٥٩).

(٣) ذكره فى االمغنى بنصه وتمامه ثم أردف قائلا: (لأن السكنى ممكنة بدون نصب الأبواب فأشبه تطين سطوحها وتبيضها) المغنى (٦/١٨٠).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/١٦٢).

ويحصل الإحياء أيضًا بالغراس ويملكها به.

قال فى الفروع: ويملكه بغرس وإجراء ماء. نص عليهما.

فائدة: فإن كانت الأرض مما لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها ـ كأرض البطائح ونحوها ـ فإحياؤها بسد الماء عنها، وجعلها بحال يمكن(١) زرعها. وهذا مستثنى من كلام المصنف وغيره، ممن لم يستثنه.

ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث، والزرع.

وقيل: للإمام أحمد رحمه الله: فإن كرب حولها؟ قال: لا يستحق ذلك حتى يحيط.

قوله: ﴿وَإِنْ حَفَرَ بئرًا عَادِيَّةً: مَلَكَ حَرِيمَهاَ خَمْسِينَ ذِرَاعًا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً، فَحَرِيْمُها خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا﴾.

يعنى من كل جانب فيهما. وهذا المذهب فيهما. نص عليه فى رواية حرب، وعبد الله.

قال المصنف(٢)، والشارح: اختاره أكثر الأصحاب.

قال فى التلخيص: هذا المشهور.

قال الحارثى: هذا المشهور عن أبى عبد الله. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

قال الزركشى: نص عليه.

واختاره الخرقى، والقاضى فى التعليق، والشريف، وأبو الخطاب فى خلافيهما، والشيرازى، والشيخان، وغيرهم.

و هو من مفردات المذهب. قال ناظمها:

بحفر بئر فى موات يملك ... حريمها معها بذرع يسلك
فخمسة تملك والعشرون ... وإن تكن عادية خمسون

وعنه: التوقف فى التقدير. نقله حرب. قاله القاضى، وأبو الخطاب، ومن تبعهم.

---

(١) ذكره صاحب الشرح بنصه وتمامه، الشرح (٦/١٦٢) وفى المغنى (٦/١٧٩).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (لقول النبى ﷺ :" من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب) المغنى (٦/١٨٠) وذكره المصنف فى العمدة (٢٥٩) وفى الكافى (٢/٢٤٤).

قال الحارثى: وهو غلط. قال. ولو تأملوا النص بكماله من مسائل حرب، والخلاف: لما قالوا ذلك.

وعند القاضى: حريمها قدر مَدّ رِشائها من كل جانب.

واختاره ابن عقيل فى التذكرة. وذكر: أنه الصحيح.

قال فى التلخيص: اختاره القاضى، وجماعة.

قال الحارثى: وأخشى أن يكون كلام القاضى هنا ما حكيناه فى المجرد الآتى الموافق لاختيار أبى الخطاب.

وقيل: قدر ما يحتاج إليه فى ترقية مائها.

واختاره القاضى فى المجرد، وأبو الخطاب فى الهداية.

قال المصنف فى المغنى(١)، والكافى(٢)، والشارح. وقال القاضى، وأبو الخطاب: ليس هذا الذرع المذكور على سبيل التحديد، بل حريمها على الحقيقة: ما تحتاج إليه من ترقية مائها منها. فإن كان بدولاب: فقدر مدار الثور، أو غيره. وإن كان بسانية: فقدر طول البئر. وإن كان يستقى منها بيده: فقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها. وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: إن كان قدر الحاجة أكثر: فهو حريمها.

وإن كان التحديد المذكور أكثر: فهو حريمها. ذكره القاضى فى الأحكام السلطانية.

واختاره القاضى أبو الحسين، وأبو الحسن بن بكروس.

وعند أبى محمد الجوزى: إن حفرها فى موات: فحريمها خمسة وعشرون ذراعًا من كل جانب. وإن كانت كبيرة: فخمسون ذراعا.

فائدة: البئر العادية - بتشديد الياء ـ هى القديمة. نقله ابن منصور. منسوبة إلى عاد. ولم يرد «عادًا» بعينها،لكن لما كانت عاد فى الزمن الأول، وكانت لها آبار فى الأرض: نسب إليها كل قديم.

---

(١) ذكر صاحب المغنى قول القاضى وأبو الخطاب بنصه وتمامه. ولكنه جعله مرجوحاً لأنه قال: والحاجة إلى الغير لا تنحصر فى ترقيه الماء فإنه يحتاج إلى ما حولها عطنا لإبله وموقفا لدوابه وغنمه وموضعا يجعل فيه أحواضاً يسقى منها ماشيته وموقفا لدابته التى يستقى عليها وأشباه ذلك فلا يخفض الحريم.بما يحتاج إليه لترقيه الماء) المغنى (١٨١/٦).

(٢) ذكره المصنف فيا لكافى كما فى المغنى، الكافى (٢٤٥/٢).

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله، العادية: هى التى أعيدت.

ونقل حرب، وغيره: العادية هى التى لم تزل، وأنه ليس لأحد دخوله. لأنه قد ملكه.

فوائد

منها: حريم العين خمسمائة ذراع. نص عليه من رواية غير واحد. وقاله القاضى فى الأحكام السلطانية، وابنه أبو الحسين، وابن بكروس، وصاحب التلخيص، وغيرهم. قاله الحارثى. وقدمه فى الرعايتين، والفروع، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم.

وقيل: قدر الحاجة، ولو كان ألف ذراع. اختاره القاضى فى المجرد، وأبو الخطاب، والمصنف فى الكافى(١)، وغيرهم.

قال فى الفروع: اختاره جماعة.

ومنها: حريم النهر من جانبيه: ما يحتاج إليه لطرح كرايته، وطريق شاوية، وما يستضر صاحبه بتملكه عليه، وإن كثر.

قال فى الرعاية: وإن كان بجنبه مسناة لغيره: ارتفق بها فى ذلك ضرورة.

وله عمل أحجار طحن على النهر، ونحوه، وموضع غرس، وزرع، ونحوهما. انتهى.

وقال فى الرعاية الصغرى: ومن حفر عينًا: ملك حريمها خمسمائة ذراع.

وقيل: بل قدر الحاجة.

قلت: وكذا النهر.

وقيل: بل ما يحتاجه لتنظيفه. انتهى.

ومنها: حريم القناة. والمذهب: أنه كحريم العين، خمسمائة ذراع. قاله الحارثى. وقال: واعتبره القاضى فى الأحكام السلطانية بحريم النهر.

ومنها: حريم الشجر قد مدّ أغصانها. قاله المصنف وغيره.

ومنها: حريم الأرض التى للزرع: ما يحتاجه فى سقيها، وربط دوابها، وطرح سبخها، وغير ذلك.

وحريم الدار من موات حولها: مطرح التراب، والكناسة والثلج، وماء الميزاب، والممر إلى الباب.

---

(١) انظر الكافى (٢/٢٤٥).

ولا حريم لدار محفوفة بملك الغير.

ويتصرف كل واحد فى ملكه، وينتفع به، على ما جرت العادة عرفا. فإن تعدى: منع.

فائدتان

إحداهما: قال فى المغنى(١)، ومن تابعه: إن سبق إلى شجر مباح ـ كالزيتون، والخروب ـ فسقاه وأصلحه. فهو أحق به، كالمتحجر الشارع فى الإحياء. فإن طعمه: ملكه. وحريمه: تهيؤه لما يراد منه.

الثانية: لو أذن لغيره فى عمله فى معدنه، والخارج له بغير عوض: صح لقول الإمام أحمد رحمه الله: «بعه بكذا. فمازاد فلك».

وقال المجد: فيه نظر. لكونه هبة بمجهول.

ولو قال: على أن يعطيهم ألفًا مما لقى، أو مناصفة، فالبقية له؟ فنقل حرب: أنه لم يرخص فيه.

ولو قال: على أن ما رزق الله بيننا: فوجهان. وأطلقهما فى الفروع، والمغنى(٢)، والشرح(٣).

أحدهما: لا يصح. قدمه ابن زرين فى شرحه.

قال الحارثى: أظهرهما الصحة.

قال القاضى: هو قياس المذهب. ولم يورد سواه. وذكر فيه نص الإمام أحمد رحمه الله إذا قال: صُفَّ لى هذا الزرع، على أن لك ثلثه، أو ربعه: أنه يصح. انتهى.

والوجه الثانى: لا يصح.

قوله: ﴿وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا لم يَمْلِكْهُ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. نص عليه.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه ثم أعقب قائلا: (فهو كسوق الماء إلى الأرض الموات. ولقول النبى ﷺ: (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به) المغنى (١٨٢/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (فيه وجهان: أحدهما: يجوز وما يأخذه يكون بينهما كما لو قال احصد هذا الزرع بنصفه أو ثلثه ولأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العمل فيها ببعضه كالمضاربة فى الأثمان. - والثانى: - لا يصح الأن ما يحصل منه مجهول ولأنه لا يصح أن يكون إجارة لأن العوض مجهول والعمل مجهول ولا جعالة لأن العوض مجهول ولا مضاربة لأن المضاربة إنما تصح بالأثمان على أن يرد رأس المال وتكون له حصة من الربح وليس ذلك ههنا) المغنى (١٦٠/٦).

(٣) ذكر الإطلاق صاحب الشرح أيضا كما فى المغنى، الشرح (١٥٨/٦).

قال الحارثى: المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله: عدم الاستقلال. انتهى. وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية: أنه ما أفاده الملك. وهو الصحيح. انتهى.

قوله: ﴿وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ. وَوَارِثُهُ بَعْدَهُ وَمَنْ يَنْقُلُه إِلَيْهِ﴾. بلا نزاع وقوله: ﴿وَلَيْسَ لَه بَيْعُهُ﴾.

هو المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره.

وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثى، وابن منجا، والفروع، والفائق وغيرهم.

وقيل: يجوز له بيعه. وهو احتمال لأبى الخطاب. وأطلقهما فى المحرر(٣)، والرعايتين، والحاوى الصغير.

تنبيه: قال الحارثى ـ عن القول الذى حكاه المصنف ـ قد يراد به: إفادة التحجر للملك. وقد يراد به: الجواز مع عدم الملك، وهو ظاهر إيراد الكتاب، وإيراد أبى الخطاب فى كتابه.

قال: والتجويز مع عدم الملك مشكل جدًا. وهو كما قال.

فائدة: تحجر الموات: هو الشروع فى إحيائه، مثل أن يدير حول الأرض ترابا أو أحجارًا، أو يحيطها بجدار صغير، أو يحفر بئرًا لم يصل إلى مائها. نقله حرب. وقاله الأصحاب.

أو يسقى شجرًا مباحًا، ويصلحه و لم يركبه. فإن ركبه ملكه، كما تقدم. وملك حريمه. وكذا لو قطع مواتًا لم يملكه، على ما يأتى فى كلام المصنف.

قوله: ﴿فإِنْ لم تمَّ إِحْيَاءَهُ﴾.

يعنى وطالت المدة، كما صرح به القاضى، وابن عقيل، والمصنف فى المغنى(٤)، وغيرهم. فيقال له: إما أن تحييه أو تتركه. فإن طلب الإمهال: أمهل الشهرين

---

(١) قدمه صاحب المغنى فقال: (فإن باعه لم يصح بيعه لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ به) - المغنى (٦/١٥٤).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/١٦٧).

(٣) ذكر صاحب المحرر الإطلاق فقال: (وفى جواز بيعه وجهان) انظر المحرر (١/٣٦٨).

(٤) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٦/١٥٤).

والثلاثة. وهكذا قال فى المستوعب، والشرح[١]، وشرح ابن منجا، والفروع.

وقال فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق: ويمهل شهرين. وقيل: ثلاثة.

وقال فى الهداية، والمذهب والخلاصة، والمغنى، والتلخيص، وجماعة: أمهل الشهر والشهرين.

قال الحارثى: عليه المعظم.

قال فى الوجيز: ويمهل مدة قريبة بسؤاله. انتهى.

قلت: فلعل ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

ثم وجدت الحارثى قال: وتقدير مدة الإمهال يرجع إلى رأى الإمام، من الشهر والشهرين والثلاثة، بحسب الحال.

قال: والثلاثة انفرد بها المصنف هنا. وكأنه ما راجع المستوعب والشرح.

تنبيه: فائدة الإمهال: انقطاع الحق بمضى المدة على الترك.

قال فى المغنى[٢]: وإن لم يكن له عذر فى الترك، قيل له: إما أن تعمر، وإما أن ترفع يدك. فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها.

قال الحارثى: وهذا يقتضى أن ما تقدم من الإمهال مخصوص بحالة العذر، أو الاعتذار. أما إن علم انتفاء العذر فلا مهلة.

قال: وينبغى تقييد الحال بوجود متشوف إلى الإحياء. أما مع عدمه: فلا اعتراض، سوى ترك لعذر أولا. انتهى.

قوله: ﴿فإنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ. فَهَلْ يَملِكُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

يعنى لو بادر غيره فى مدة الإمهال، وأحياه. وأطلقهما فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والكافى[٣]، والمغنى[٤]، والمحرر[٥]، والشرح[٦]، وشرح ابن منجا،

---

(١) ذكره أيضا صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/١٦٨).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٦/١٥٥).

(٣) ذكره فى الكافى فقال: (فإن انقضت ولم يعمر فلغيره إحياؤها وتملكها كسائر الموات) الكافى (٢/٢٤٥).

(٤) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (فإن أحياه غيره فى مدة الإمهال ففيه الوجهان) اللذان ذكرهما فى المسألة التى قبلها) راجع المغنى (٦/١٥٤).

(٥) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال: (فإن بادر الغير فى إحياءه فهل يملكه؟ على وجهين) المحرر (١/٣٦٨).

(٦) ذكر الإطلاق فى الشرح فقال: – (فإن بادر غيره فأحياه فى مدة المهلة أو قبل ذلك ملكه بالإحياء=

والحارثى، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والقواعد الفقهية.

إحداهما: لايملكه. صححه فى المذهب، والنظم، والتصحيح. وجزم به فى الوجيز.

والوجه الثانى: يملكه. اختاره القاضى، وابن عقيل. قال الناظم: وهو بعيد.

فائدتان

الأولى: لو أحياه غيره قبل ضرب مدة المهلة: لم يملكه. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وقيل: يملكه.

قال المصنف، والشارح: حكم الإحياء قبل ضرب مدة المهلة حكم الإحياء فى مدة المهلة، على تقدم. ويحتمله كلام المصنف.

وأما إذا أحياه الغير بعد انقضاء المهلة: فإنه يملكه. لا أعلم فيه خلافًا(١)، وتقدم ذلك.

الثانية: قال فى الفروع ـ بعد أن ذكر الخلاف المتقدم ـ ويتوجه مثله فى نزوله عن وظيفته لزيد. هل يتقرر غيره فيها؟.

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن نزل له عن وظيفة الإمامة ـ لا يتعين المنزول له. ويولى من إليه الولاية من يستحق التولية شرعًا.

وقال ابن أبى المجد: لا يصح تولية غير المنزول له. فإن لم يقرره الحاكم، وإلا فالوظيفة باقية للنازل. انتهى.

قلت: وقريب منه: ما قاله المصنف، وتبعه الشارح، وغيره فيما إذا آثر شخصًا بمكانه، فليس لأحد أن يسبقه إليه. لأنه قام مقام الجالس فى استحقاق مكانه. أشبه ما لو تحجر مواتًا. ثم آثر به غيره.

وقال ابن عقيل: يجوز. لأن القائم أسقط حقه بالقيام، فبقى على الأصل. فكان

=فى أحد الوجهين لأن الاحياء فى أحد الوجهين لأن الإحياء يملك به والتحجر لا يملك به فيثبت الملك بما يملك به دون مالا يمكن به كمن سبق إلى معدن أو مسرعه فجاء غيره فأزاله وأخذ لعموم الحديث فى الاحياء – الثانى – لا يملكه لأن مفهوم قوله ﷺ : «من أحيا أرضاً ميتة فى غير حق مسلم فهى له» انها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق وكذلك قوله: «من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به» الشرح (١٦٨/٦).

(١) ذكره فى المغنى فقال: (وإن نقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمر ويملكه لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها سواء أذن له السلطان فى عمارتها أو لم يأذن له) المغنى (١٥٥/٦) والكافى (٢٤٥/٢). والشرح (١٦٨/٦).

السابق إليه أحق به، كمن وسع لرجل فى طريق فمر غيره. والصحيح الأول.

ويفارق التوسعة فى الطريق، لأنها جعلت للمرور فيها. كمن انتقل من مكان فيها لم يبق له حق حتى يؤثر به، والمسجد جعل للإقامة فيه. ولذلك لا يسقط حق المنتقل منه إذا انتقل لحاجة. وهذا إنما انتقل مؤثرًا لغيره. فأشبه النائب الذى بعثه إنسان ليجلس فى موضع يحفظه له. انتهى.

قلت: الذى يتعين ماقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله إلا إذا كان المنزول له أهلا، ويوجد غير أهل. فإن المنزول له أحق، مع أن هذا لا يأباه كلام الشيخ تقى الدين.

قوله: ﴿وَلِلإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ، وَلاَ يَمْلِكُهُ بالإِقْطَاعِ، بَلْ يَكُون كالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الإِحْيَاءِ﴾.

هذا المذهب(١). وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: وقال مالك رحمه الله: يثبت الملك بنفس الإقطاع. يبيع، ويهب، ويتصرف، ويورث عنه. قال: وهو الصحيح. إعمالا لحقيقة الإقطاع. وهو التمليك.

فائدتان

إحداهما: للإمام إقطاع غير الموات تمليكا وانتفاعًا، للمصلحة دون غيرها.

الثانية: قسم الأصحاب الإقطاع إلى ثلاثة أقسام: إقطاع تمليك، وإقطاع استغلال، وإقطاع إرفاق.

وقسم القاضى إقطاع التمليك: إلى موات، وعامر، ومعادن.

وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين: عُشْر، وخراج.

وإقطاع الإرفاق: يأتى فى كلام المصنف.

قوله: ﴿وَلَه إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِي الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ، مَا لم يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ. فَيَحْرُمُ، وَلاَ تُمْلَكُ بالإِحْيَاءِ﴾ بلا نزاع **﴿وَيَكونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فيهَا، مَا لم يَعُدْ فِيهِ الإمَامُ﴾.**

---

(١) ذكره فى الشرح وقال: (ولا ينبغى أن يقطع إلا ما قدر على إحيائه لأن إقطاعه أكثر منه إدخال ضرر على المسلمين بلا فائدة فيه) الشرح (١٦٩/٦)، ذكره أيضا فى الكافى وقال: لما روى وائل ابن حجر «أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضا فأرسل معاوية أن أعطه إياها أو أعلمه إياه» حديث صحيح، الكافى (٢٤٧/٢)، والمحرر (٣٦٨/١)، والمغنى (١٦٤/٦).

تنبيه: تجويز المصنف إقطاع الجلوس برحاب المسجد: اختيار منه لكونها ليست مسجدًا، لامتناع ذلك في المسجد. واختيار الخرقي، والمجد. قاله الحارثي.

وتقدم: هل رحبة المسجد أولا؟ في باب الاعتكاف.

قوله: ﴿فإن لم يُقْطِعْهاَ، فَلِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهاَ الْجُلُوسُ فيهاَ. وَيَكُونُ أَحَقَّ بهاَ، مَا لم يَنْقُلْ قِماَشَهُ عَنْهاَ﴾. هذا المذهب.

أعني: أنها من المرافق، وأن له الجلوس فيها ما بقي قماشه.

قال في الفروع: ومع عدم إقطاع: للسابق الجلوس. على الأصح، ما بقي قماشه. وجزم به في المغني[1]، والشرح[2]، والوجيز، والرعاية، وغيرهم.

وعنه: ليس له ذلك. وعنه: له ذلك إلى الليل.

قال الحارثي: ونقل القاضي - في الأحكام السلطانية: رواية بالمنع من الجلوس في الطرق الواسعة. للتعامل فيها، فلا تكون من المرافق.

قال: والأول أصح.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يفتقر في الجلوس في هذه الأمكنة إلى إذن الإمام في ذلك. وهو صحيح. وهو المذهب. وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

قال في القواعد: هذا قول الأكثر.

قال الحارثي: هذا المذهب.

وقيل: يفتقر إلى إذن. وهو رواية حكاها في الأحكام السلطانية. ذكره في القاعدة الثامنة والثمانين. وأطلقهما في الفروع.

فائدتان

إحداهما: لو أجلس غلامه أو أجنبيًا، ليجلس هو إذا عاد إليه: فهو كما لو ترك المتاع فيه. لاستمرار يده بمن هو في جهته. ولو آثر به رجلا، فهل للغير السبق إليه؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا. اختاره المصنف.

---

(١) قطع به في المغني (٦/١٦٣).

(٢) ذكر أيضا في الشرح ثم قال: (فإن قام وترك متاعه منه لم يجز لغيره إزالته لأن يد الاول عليه وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت) الشرح (٦/١٧١).

والثانى: نعم. قال الحارثى: وهو أظهر.

قلت: وهو الصواب.

وتشبه هذه المسألة ما ذكرنا فى آخر باب الجمعة «لو آثر بمكانه شخصًا فسبقه غيره» على ما تقدم هناك.

الثانية: له أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه، من بارية وكساء ونحوه. وليس له أن يبنى دكة ولا غيرها.

قوله: ﴿فإن أطَالَ الجُلُوسَ فِيهاَ، فَهَلْ يُزَالُ؟ على وجهين﴾.

وأطلقهما فى المذهب، والكافى(١)، والمغنى(٢)، والمحرر(٣)، والشرح(٤)، والفائق، والفروع.

أحدهما: لايزال. صححه فى التصحيح، والنظم. وجزم به فى الوجيز. وهو ظاهر ما جزم به فى المنور.

قال الحارثى: وهذا اللائق بأصول الأصحاب. حيث قالوا بالإقطاع.

والوجه الثانى: يزال.

قال الحارثى: هذا أظهرهما عندهم.

قال فى الخلاصة، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير: منع فى أصح الوجهين.

قال فى القواعد: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله، فى رواية حرب. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين.

قوله: ﴿فإنْ سَبَقَ اثْنَانِ: أُقْرِعَ بَيْنَهُماَ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وجزم به فى الخلاصة، والوجيز، والمنور، وغيرهم. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والمحرر(٥)، والنظم، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وشرح الحارثى، والقواعد الفقهية، وتجريد العناية وغيرهم.

---

(١) ذكر الإطلاق فى الكافى فقال: (وإن طال القعود فيه وجهان) الكافى (٢٤٧/٢).

(٢) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ويختص بنفع. يساويه غيره فى استحقاقه ويحتمل أن لا يزال لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم) المغنى (١٦٣/٦).

(٣) ذكر الإطلاق فى المحرر فقال:(فإن طال مقامه أو مقام الجالس فى الشوارع فهل يزال على وجهين) المحرر (٣٦٨/١).

(٤) ذكر الإطلاق أيضاً صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (١٧٢/٦).

(٥) قطع به فى المحرر فقال: (وإن سبق إليه اثنان عين أحدهما بالقرعه) المحرر (٣٦٨/١).

قال الحارثى: هذا المذهب.

﴿وقيل: يُقَدِّمُ الإمامُ مَنْ يَرَى مِنْهمَا﴾.

وهو وجه حكاه القاضى ومن بعده. وأطلقهما فى التلخيص، والمذهب، والشرح(١).

وكذا الحكم لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان، أو استبق فقيهان إلى مدرسة، أو صوفيان إلى خانقاه. ذكره الحارثى. وتبعه فى القواعد. وقال: هذا يتوجه على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة بوصف معين. لأنه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر.

فأما على الوجه الآخر - وهو توقف الاستحقاق على تنزيله ـ فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات.

وقد يقال: إنه يترجح بالقرعة مع التساوى. انتهى.

قوله: ﴿وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بما يَنَالُ مِنْهُ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والوجيز. وقدمه فى الرعاية الكبرى..

وقيل: من أخذ من معدن فوق حاجته منع منه. ذكره فى الرعاية الكبرى.

قال فى المغنى(٢)، والشرح(٣): فإن أخذ قدر حاجته، وأراد الإقامة فيه، بحيث يمنع غيره: منع من ذلك.

قوله: ﴿وَهَلْ يُمْنَعُ إذَا طَالَ مُقَامُهُ﴾؟. يعنى الآخذ: ﴿عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

أطلقهما فى المغنى(٤)، والمحرر(٥)، والشرح(٦)، والرعاية الكبرى، والفروع، والفائق.

أحدهما: لا يمنع. وهو الصحيح من المذهب.

قال فى المستوعب، والتلخيص، والصحيح: أنه لا يمنع ما دام آخذًا.

قال الحارثى: أصحهما لا يمنع. وصححه فى التصحيح. وجزم به فى الوجيز.

---

(١) ذكره صاحب الشرح فقال: (واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما) الشرح (١٧٢/٦).

(٢) قطع به فى المغنى فقال: (منع منه لأنه يضيق على الناس مالا تقع فيه فأشبه مالو وقف فى مشرعة الماء لغير حاجة) المغنى (١٦١/٦).

(٣) جزم به صاحب الشرح (كما فى المغنى) الشرح (١٧٢/٦).

(٤) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (أحتمل أن يمنع لأنه يصير كالمتملك له واحتمل أن لا يمنع لإطلاق الحديث) المغنى (١٦١/٦).

(٥) ذكر الوجهين فى المحرر (٣٦٨/١).

(٦) ذكر الوجهين صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (١٧٢/٦).

والوجه الثانى: يمنع. وقدمه فى الهداية، والرعاية الصغرى، والحاوى.

وقيل: يمنع مع ضيق المكان.

قال الحارثى: قطع به ابن عقيل.

فائدة: لو استبق اثنان فأكثر إلى معدن مباح. فضاق المكان عن أخذهم جملة واحدة، فالصحيح من المذهب: أنه يقرع بينهم.

قال فى الرعاية الصغرى: وإن سبق إليه اثنان معا، وضاق بهما: اقترعا. وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثى، والفروع، والقواعد الفقهية.

وقيل: يقدم الإمام من شاء. وهو احتمال فى المغنى(٣)، والشرح(٤).

وقيل: بالقسمة.

قال فى المغنى(٥)، والشرح(٦): وذكر القاضى وجهاً رابعاً. وهو أن الإمام يُنَصِب من يأخذ ويقسم بينهما.

وقال القاضى أيضًا: إن كان أحدهما للتجارة، هايأها الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى. لأنه يطول.

وإن كان للحاجة. فاحتمالات، أحدها: القرعة. والثانى: ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم. والثالث: يقدم من يراه أحوج وأولى.

وقال فى الرعاية الكبرى: وإن سبق أحدهما قدم. فإن أخذ فوق حاجته: منع. وقيل: لا.

وقيل: إن أخذه للتجارة هايأ الإمام بينهما. وإن أخذه لحاجة فأربعة أوجه: المهايأة، والقرعة، وتقديم من يرى الإمام وأن ينصب من يأخذه، ويقسمه بينهما. انتهى.

وذكر فى الفروع الأوجه الأربعة من تتمة قول القاضى.

---

(١) ذكره صاحب المغنى فعلا مقدماً . فقال: وإن أستبق إليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه) المغنى (٦/١٦١).

(٢) ذكره أيضا صاحب الشرح مقدما كما فى المغنى، الشرح (٦/١٧٢).

(٣) ذكر الإحتمال صاحب المغنى فقال: (ويحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما لأن له نظرا) المغنى (٦/١٦١).

(٤) ذكر الإحتمال أيضا صاحب الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/١٧٣).

(٥) ذكر صاحب المغنى فقال: (ما قاله القاضى كوجه رابع قال للإمام أن ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما) المغنى (٦/١٦١).

(٦) ذكر أيضا صاحب الشرح (قول القاضى) كما فى المغنى، الشرح (٦/١٧٣).

قوله: ﴿وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ـ كَصَيْدٍ، وَعَنْبَرٍ، وَسَمَكٍ، وَلُؤْلُؤٍ، وَمَرْجَانٍ، وَحَطَبٍ، وَثَمَرٍ، وَمَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ﴾. رغبة عنه **﴿فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ﴾.**

وكذا لو سبق إلى ما ضاع من الناس مما لا تتبعه الهمة، وكذا اللقيط، وما يسقط من الثلج والمن، وسائر المباحات، فهو أحق به. وهذا بلا نزاع.

قوله: ﴿وَإِن سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ: قُسِمَ بَيْنَهُمَا﴾.

هذا المذهب. قال في الفروع: وهو الأصح. واختاره ابن عبدوس في تذكرته وجزم به في المغنى[١]، والشرح[٢]، والوجيز، وغيرهم.

قال في القواعد الفقهية: فأما إن وقعت أيديهما على المباح: فهو بينهما بغير خلاف. وإن كان في كلام بعض الأصحاب ما يوهم خلاف ذلك، فليس بشيء. وقدمه في الرعاية الكبرى.

وقيل: يقترعان. وقدمه في الفروع.

وقيل: يقدم الإمام أيهما شاء.

وقال الحارثي: ثم إن أبا الخطاب ـ في كتابه ـ قيد اقتسامهما بما إذا كان الأخذ للتجارة.

ثم قال: وإن كان للحاجة احتمل ذلك أيضًا. واحتمل أن يقرع بينهما. واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما.

وتابعه عليه السامرى، وصاحب التلخيص، وغيرهما.

وهذا عندى غلط. فإن المباح إذا اتصل به الأخذ: استقر الملك عليه، ولابد لوجود السبب المفيد له، مع أن القرعة لم ترد في هذا النوع، ولا شئ منه.

وكيف يختص به أحدهما مع قيام السبب بكل واحد منهما؟

نعم: قد يجرى ماقال فيما إذا ازدحما عليه ليأخذاه.

ثم قال: والصواب ما اقتصر عليه المصنف، من الاقتسام مع عدم الفرق بين التجارة، والحاجة. انتهى.

---

(١) ذكره صاحب المغنى (٦/١٨٤).

(٢) ذكره أيضا صاحب الشرح (فقال وإن سبق إليه أثنان قسم بينهما لأن قسمته ممكنة فلا يؤخذ من أحدهما لأنه لا مزيه لأحدهما على الآخر) الشرح (٦/١٧٣).

تنبيه: فعلى المذهب. قال الحارثى: إنما يتأتى هذا فى المنضبط الداخل تحت اليد، كالصيد، والسمك، واللؤلؤ، والمرجان، والمنبوذ.

أما مالا ينضبط ـ كالشعرا وثمر الجبل: فالملك فيه مقصور على القدر المأخوذ، قل أو كثر. انتهى.

فائدة: وكذا الحكم فى السبق إلى الطريق. قاله فى الفروع وغيره.

وقال الأدمى البغدادى: بالقسمة هنا.

فائدتان

إحداهما: لو ترك دابته بفلاة، أو مهلكة، ليأسه منها، أو عجزه عن علفها: مَلكَها آخذها. على الصحيح من المذهب. نص عليه من رواية صالح، وابن منصور. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به فى المحرر(١)، وغيره. وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى، وغيرهما. وهو من مفردات المذهب.

وقيل: لا يملكها. وهو وجه، خرجه ابن أبى موسى، كالرقيق، وترك المتاع عجزًا، بلا نزاع فيهما.

ويرجع بالنفقة على الرقيق، وأجرة حمل المتاع، على الصحيح من المذهب. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب.

وقيل: لا يرجع. وهو وجه ذكره القاضى. أخذًا من انتفاء الأخذ فى اللقطة. وهو رواية فى العبد. ذكرها أبو بكر.

الثانية: لو ألقى متاعه فى البحر خوف الغرق. فقال الحارثى: نص الإمام أحمد فى المتاع يقتضى: أن ما يلقيه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكهم. انتهى. وهو أحد الوجهين.

وقيل: يملكه آخذه. قدمه فى الفائق. وهو احتمال فى المغنى. وصححه فى النظم. وقدمه فى الرعايتين. وذكره فى آخر اللقطة. وأطلقهما فى الفروع، والحاوى الصغير.

فعلى الوجه الأول: لآخذه الأجرة، على الصحيح. وقيل: لا أجرة له.

قوله: ﴿وَإِذَا كَانَ المَاءُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ، كَمِيَاهِ الأَمْطَارِ. فَلِمَنْ فِي أَعْلاَهُ أَنْ يَسْقِيَ وَيَحْبِسَ، حَتَّى يَصِلَ المَاءُ إِلَى كَعْبِهِ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ﴾.

---

(١) جزم به صاحب المحرر فقال: (ومن سيب دابته بمهلكة لانقطاعها أو عجزه عن علفها ملكها الغير باستنقاذه لها) المحرر (٣٦٨/١).

الماء إذا كان جاريًا، وهو غير مملوك. لا يخلو: إما أن يكون نهرًا عظيمـا ـ كـالنيل والفرات، ودجلة، وما أشبهها ـ أولا.

فإن كان نهراً عظيما :فهذا لاتزاحم فيه. ولكل واحد أن يسقى منه ما شاء متى شاء،كيف شاء

وإن كان نهراً صغيرًا، يزدحم الناس فيه، ويتشاحون فـى مائـه، أو سيلاً يتشـاح فيـه أهل الأرضين الشاربة منه: فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى. ويحبس المـاء حتـى يصـل إلى كعبه. نص عليه. ثم يرسل إلى من يليه كذلك. وعلـى هـذا إلى أن تنتهـى الأراضـى كلها. فإن لم يفضل عن الأول شئ، أو عن الثانى، أو من يليهم: فلا شئ للباقين.

فـإن كـانت أرض صـاحب الأعلـى مختلفـة. منهـا مـاهو مسـتعل. ومنهـا مـا هـو مستفل: سـقى كـل واحـدة منهمـا علـى حدتهـا. قالـه فـى المغنـى(١)، والشـرح(٢)، وشرح الحارثى، وغيرهم. وقطعوا به.

وقال فى الترغيب: إن كانت الأرض العليا مستفلة: سدها إذا سقى، حتـى يصعـد إلى الثانى.

فائدتان

إحداهما: لو استوى اثنـان فـى القـرب مـن أول النهـر: اقتسـما المـاء بينهمـا، إن أمكن. وإن لم يمكن: أقرع بينهما. فيقدم من قرع.

فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما: سقى من تقع له القرعة بقدر حقه مـن المـاء، ثم يتركه للآخر. وليس لـه أن يسـقى بجميـع المـاء، لمساواة الآخـر لـه. وإنمـا القرعـة للتقدم، بخلاف الأعلـى مـع الأسـفل. فإنـه ليـس للأسـفل حـق إلا فـى الفـاضل عـن الأعلى. قاله المصنف، وغيره: وهو واضح.

وإن كانت أرض أحدهمـا أكـثر مـن أرض الآخر: قسـم المـاء بينهمـا علـى قـدر الأرض.

الثانية: لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانيًا، قبل انتهاء سقى الأراضـى: لم يكـن لـه ذلك. قدمه الحارثى ونصره.

وقال القاضى: له ذلك.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٦/١٧٠).
(٢) ذكره أيضا صاحب الشرح كما فى المغنى (٦/١٧٥).

قوله: ﴿فَإِنْ أَرَادَ إِنْسَانٌ إِحْيَاءَ أَرْضٍ، بِسَقْيِهاَ مِنْهُ: جَازَ. مالم يَضُرّ بأَهْلِ الأَرْضِ الشَّارِبةِ مِنْهُ﴾.

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك، أو سيل. فجاء إنسان ليحيي مواتا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم: لم يكن له أن يسقى قبلهم، على المذهب.

واختاره الحارثى: أن له ذلك. قال: وظاهر الأخبار المتقدمة وعمومها: يدل على اعتبار السبق إلى أعلى النهر مطلقا.

قال: وهو الصحيح.

وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ على وجهين. وأطلقهما فى المغنى(١)، والشرح(٢) والفروع، والفائق.

أحدهما: ليس لهم منعه من ذلك.

قال الحارثى: وهو أظهر. وقدمه ابن رزين فى شرحه. وجزم به فى الكافى(٣).

والوجه الثانى: لهم منعه.

قال الحارثى: وهو المفهوم من إيراد الكتاب.

فعلى الأول: لو سبق إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك. فأحيا فى أسفله مواتًا ثم أحيا آخر فوقه، ثم أحيا ثالث فوق الثانى: كان للذى أحيى السقى أولاً. ثم الثانى، ثم الثالث. فيقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر. وعلى ما اختاره الحارثى ينعكس ذلك.

فائدة: لو كان الماء بنهر مملوك، كمن حفر نهرًا صغيرا ساق إليه الماء من نهر كبير. فما حصل فيه ملكه، على الصحيح من المذهب.

ويجئ على قولنا: «إن الماء لايملك» أن حكم هذا الماء فى هذا النهر: حكمه فى نهر غير مملوك.

قلت: وفيه نظر. لأنه بدخوله فى نهره: كدخوله فى قربته، وراويته، ومصنعه.

---

(١) ذكر الوجهين صاحب المغنى فقال: (أحدهما: ليس لهم منعه لأن حقهم فى النهر لا فى الموات – والثانى: – لهم منعه لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقهم من السقى لتقديمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال) المغنى (١٧١/٦).

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (١٧٥/٦).

(٣) قطع به فى الكافى (٢٤٩/٢).

وعند القاضي، ومن وافقه: أن الماء باق على الإباحة، كما قبل الدخول، إلا أن مالك النهر أحق به.

فعلى المذهب: لو كان لجماعة، فهو بينهم، على حسب العمل والنفقة.

فإن كفى جميعهم: فلا كلام. وإن لم يكفهم، وتراضوا على قسمته بالمهايأة، أو غيرها: جاز.

فإن تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم.

فيأخذ خشبة صلبة، أو حجرًا مستوى الطرفين والوسط. فيوضع على موضع مستوى من الأرض في مصدم الماء. فيه حزوز، أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم. يخرج من حَزّ أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم. فإذا حصل في ساقيته: فله أن يسقى به ماشاء من الأرض، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن. وله أن يعطيه من يسقى به. هذا الصحيح من المذهب. قدمه في المغني[1]، والشرح[2]، ونصراه.

وقدمه أيضًا في المحرر[3]، والمغني[4]، والنظم، والفروع. وغيرهم في باب القسمة.

ويأتي بعض ذلك مصرحًا به في كلام المصنف في باب القسمة.

وقال القاضي: ليس له سقي أرض لها رسم شرب من هذا الماء. انتهى.

ولكل واحد من الشركاء أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب: من عمل رحًى عليها، أو دولاب، أوعبَّارة - وهي خشبة تمد على طريق النهر — أو قنطرة يعبر الماء فيها، وغير ذلك من التصرفات.

فأما النهر المشترك: فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك.

قاله المصنف[5]، وابن عقيل، والقاضي، والشارح، وغيرهم.

وقال القاضي، وابن عقيل: هل له أن ينصب عبارة يجرى الماء فيها من موضع آخر؟ على روايتين. نص عليهما فيمن أراد أن يجرى ماءه في أرض غيره ليسقى

---

(١) قدمه في المغني وذكره بنصه وتمامه، الشرح (٦/١٧٢).

(٢) ذكره في الشرح بنصه وتمامه، الشرح (٦/١٧٢).

(٣) انظر المحرر في باب القسمة (٢/٢١٦).

(٤) انظر المغني (٦/١٧٢).

(٥) ذكره المصنف بنصه في المغني هكذا فقال: (فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك لأنه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمة بغير إذن شركائه) المغني (٦/١٧٤).

زرعه، وكان به حاجة إليه، هل يجوز؟ على روايتين.

زاد ابن عقيل: الأصح المنع. وكذا قال المصنف.

قال المصنف(١)، والشارح. والصحيح: أنه لايجوز هنا. ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء فى أرض غيره.

قوله: ﴿وَمَا حَمَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمْ: فَلَيْسَ لأَحَدٍ نَقْضُهُ﴾. بلا نزاع.

وسواء كان النبى صلى الله عليه وسلم حماه لنفسه أو لغيره. وهذا مع بقاء الحاجة إليه. ومن أحيا منه شيئًا لم يملكه.

لكن لو زالت الحاجة إليه. فهل يجوز نقضه؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يجوز. وهو الصحيح من المذهب. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وصححه المصنف(٢)، والشارح، وصاحب الفائق.

وقيل: يجوز نقضه والحالة هذه.

قوله: ﴿وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الأَئمَّة، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ؟ على وجهين﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(٣)، والتلخيص، والشرح(٤)، والرعايتين، والحاوى الصغير.

أحدهما: يجوز نقضه. وهو الصحيح من المذهب. صححه فى التصحيح، والفائق. واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المحرر(٥)، والفروع.

والوجه الثانى: لايجوز نقضه.

فعلى هذا الوجه: يملكه محييه. على الصحيح. صححه فى الفائق. وجزم به فى الكافى.

---

(١) ذكر المصنف المنع فى المغنى فقال: (لأنه متصرف فى النهر المشترك وفى حريمه بغير إذن شركائه) المغنى (١٧٤/٦).

(٢) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان) المغنى (١٦٨/٦).

(٣) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (وما حماه غيره من الأئمة فغيره هو أو غيره من الائمة جاز الوجه الأخر – لا يملكه لأن احتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه) المغنى (١٦٨/٦).

(٤) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى ـ الشرح (١٨٤/٦).

(٥) ذكر صاحب المحرر أنه يجوز نقضه – انظر المحرر (٣٦٨/١).

قال الشارح: وهو أولى.

وقيل: لا يملكه. وأطلقهما فى المغنى(١)، والمحرر(٢)، والفروع، والرعاية.

قال فى الفروع: ويتوجه فى نقض الإطلاق الخلاف.

ونقل حرب: القطائع جائزة. وأنكر شديدًا قول مالك رحمه الله: لا بأس بقطائع الأمراء.

وقال: يزعم أنه لا بأس بقطائعهم.

وقال فى رواية يعقوب: قطائع الشام، والجزيرة ـ من المكروهة ـ كانت لبنى أمية. فأخذها هؤلاء.

ونقل محمد بن داود: ما أدرى، ما هذه القطائع؟ يخرجونها ممن شاءوا.

قال أبو بكر: لأنه يملكها من أقطعها. فكيف تخرج منه؟

* * *

باب الجعالة

فائدة قوله: ﴿وَهِيَ أَن يَقُولَ: مَنْ رَدَّ عَبْدِى، أَوْ لُقطتِى، أَوْ بنَىَ لِى هَذَا الْحَائِطَ. فَلَهُ كَذَا﴾.

قال فى الرعاية: وهى أن يجعل زيد شيئًا معلومًا لمن يعمل له عملا معلومًا، أو مجهولا مدة مجهولة.

قال الحارثى: وهى فى اصطلاح الفقهاء(٣): جعل الشىء من المال لمن يفعل أمر كذا.

قال: وهذا أعم مما قال المصنف. لتناوله الفاعل المبهم والمعين، وما قال لا يتناول المعين. انتهى.

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (وإن أحياه إنسان ملكه فى أحد الوجهين لأن فى الأئمة احتهاد وملك الارض بالإحياء نص والنص يقدم على الاجتهاد والوجه الآخر لا يملكه لآن احتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه) المغنى (١٦٨/٦).

(٢) ذكر الإطلاق صاحب المحرر (٣٦٨/١).

(٣) عرفها المصنف فى الكافى فقال: (هى أن يجعل جعلا لمن يعمل له عملا من رد آبق أو ضالة أو بناء أو خياطة أو سائر ما يستأجر عليه). الكافى (١٨٦/٢). وعرفها صاحب الروض المربع فقال: (هى أن يجعل شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما أو مجهولا من مدة معلومة، انظر الروض المربع (٢٣٣/٢ .

قلت: لكنه يدخل بطريق أولى.

تنبيه: قوله: «من رد عبدى» يقتضى صحة العقد فى رد الآبق.

وسيأتى آخر الباب: أن لرد الآبق جعلا مقدرًا بالشرع.

فالمستفاد إذن بالعقد: مازاد على المقدر بالمشروع.

فوجود الجعالة يوجب أكثر الأمرين ـ من المقدر والمشروط ـ قاله الحارثى.

وظاهر كلام الأكثر: أنه لا يستحق إلا ما شرطه له، وإن كان أقل من دينار. وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع.

فائدة: الجعالة نوع إجارة لوقوع العوض فى مقابلة منفعة، وإنما تميز بكون الفاعل لا يلتزم الفعل، وبكون العقد قد يقع مبهما لامع معين. ويجوز فى الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل، على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا، كالإجارة.

وتقدم ذلك فى الإجارة أيضًا.

قوله: ﴿فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ: اسْتَحَقَّهُ﴾. بلا نزاع.

فإن كانوا جماعة فهو بينهم بالسوية.

وإن بلغه فى أثنائه: استحق بالقسط.

فإن تلف الجعل: كان له مثله، إن كان مثليًا، وإلا قيمته. على الصحيح من المذهب.

وقال فى التبصرة: إذا عين عوضًا ملكه بفراغ العمل. فلو تلف فله أجرة المثل.

فائدة: لو رده من نصف الطريق المعينة، أو قال: من ردَّ عبديَّ، فرد أحدهما: فله نصف الجعل. وإن رده من ثلث الطريق: استحق الثلث. ومن ثلثى الطريق: استحق الثلثين.

فيستحق إذا رده من أقرب من الموضع الذى عينه بالقسط.

وإن رده من مسافة أبعد من المعينة. فله المسمى لا غير. ذكره فى التلخيص. وتبعه فى الرعاية وغيره. واقتصر عليه فى الفروع.

قوله: ﴿وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ. إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا﴾.

يشترط أن يكون العوض معلومًا، كالأجرة. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وقال المصنف فى المغنى(١): ويحتمل أن تصح الجعالة مع الجهل بالعوض، إذا كان الجهل لا يمنع التسليم. نحو أن يقول: «من رد عبدى الآبق. فله نصفه، ومن رد ضالتى فله ثلثها».

قال الإمام أحمد رحمه الله: إذا قال الأمير فى الغزو: «من جاء بعشرة رءوس فله رأس» جاز.

وقالوا: إذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة أو طريق سهل، وكان الجعل من مال الكفار، كجارية بعينها: جاز. فيخرج هنا مثله. انتهى.

وقال الحارثى: يشترط كون الجعل معلومًا.

فإن شرط عوضًا مجهولا فسد العقد.

وإن قال: فلك ثلث الضالة، أو ربعها: صح، على ما نص عليه فى الثوب ينسج بثلثه، والزرع يحصد، والنخل يصرم بسدسه: لا بأس به. وفى الغزو: من جاء بعشرة أرؤس، فله رأس: جاز.

وعند المصنف(٢): لا يصح. وللعامل أجرة المثل. والأول المذهب.

وذكر المصنف فى أصل المسألة وجهًا بجواز الجهالة التى لاتمنع التسليم. ونظّر بمسألة الثلث. واستشهد بنصه الذى حكيناه فى الغزو، وبما إذا جعل جعلاً لمن يدله على قلعة، أو طريق سهل، وكان الجعل من مال الكفار: جاز أن يكون مجهولا، كجارية يعينها للعامل. قال: فيخرج هنا مثله. انتهى.

وقد قطع فى الرعايتين، والحاوى الصغير، مع اشتراطهم أن يكون الجعل معلومًا. فظاهره: أن جعل جزء مشاع من الضالة: ليس بمجهول.

فائدة: إذا كانت الجهالة تمنع التسليم: لم تصح الجعالة. قولاً واحدًا. ويستحق أجرة المثل مطلقاً(٣). وكذا إن كانت لا تمنع التسليم على المذهب، كما تقدم. وله أجرة المثل.

فائدة: لو قال: «من داوى لى هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده. فله

---

(١) ذكر المصنف الاحتمال فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٣٥١/٦).

(٢) ذكره بنصه وتمامه فى المغنى، المغنى (٣٥١/٦).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٣٥١/٦).

كذا» لم يصح مطلقًا. على الصحيح من المذهب. قدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. واختاره القاضي.

وقيل: تصح جعالة اختاره ابن أبي موسى، والمصنف. نقله الزركشي في الإجارة.

وقيل: تصح إجارة.

قوله: ﴿وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْجُعْلِ أَوْ قَدْرِهِ: فَالقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ﴾.

هذا المذهب في قدره. وعليه جمهور الأصحاب.

قال القاضي: هذا قياس المذهب. وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المغني(١)، والشرح، وشرح الحارثي، والفروع، وغيرهم.

وقيل: يتحالفان في قدر الجعل، قياسا على اختلاف الأجير والمستأجر في قدر الأجرة. وهذا احتمال للقاضي. وتبعه من بعده على ذلك. وهو تخريج في الرعاية.

فعليه: يفسخ العقد، وتجب أجرة المثل.

تنبيه: قال الحارثي - في شرحه - في قول المصنف: «فالقول قول الجاعل» تجوز منه. فإنه ليس بجاعل فيما إذا اختلفا في أصل الجعالة. انتهى.

قلت: إنما حكم بكونه جاعلاً في المسألتين في الجملة.

أما في اختلافهم في قدر الجعل: فهو جاعل بلا ريب.

وأما في اختلافهم في أصل الجعل: فليس بجاعل بالنسبة إلى نفسه، وهو جاعل بالنسبة إلى زعم غريمه.

فعلى الأول: يكون من باب إطلاق اللفظ المتواطئ إذا أريد به بعض محاله. وهو كثير شائع في كلامهم، على ما تقدم في كتاب الطهارة.

فائدة: وكذا الحكم لو اختلفا في قدر المسافة.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَمَنْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلاً بِغَيْرِ جُعْلٍ: فَلاَ شَيءَ لَهُ﴾.

ولو كان العمل تخليص متاع غيره من فلاة، ولو كان هلاكه فيه محققًا، أو قريبا منه - كالبحر، وفم السبع - وهو قول القاضي في المجرد. وله احتمال بذلك في غير المجرد، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب.

والصحيح من المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله: أنه يستحق أجرة مثله

---

(١) ذكره صاحب المغني مقدما (فقال: فالقول قول المالك لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ولأن القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره كرب المال في المضاربة) المغني (٣٥٤/٦).

فى ذلك. بخلاف اللقطة. وعليه الأصحاب.

وكذلك لو انكسرت السفينة. فخلص قوم الأموال من البحر. فإنه يجب لهم الأجرة على الملاك. ذكره فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح ابن رزين وغيرهم.

وألحق القاضى، وابن عقيل، والمصنف، وجماعة بذلك: العبد إذا خلصه من فلاة مهلكة. وقدمه فى الفروع، وغيره.

ذكره فى باب إحياء الموات.

وتقدمت الإشارة إلى ذلك هناك.

وحكى القاضى احتمالا فى العبد: بعدم الوجوب كاللقطة.

وأورد فى المجرد على نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن خلص من فم السبع شاة، أو خروفًا، أو غيرهما: ـ أنه لمالكه الأول. ولا شئ للمخلص.

وقال المجد فى مسودته: وعندى أن كلام الإمام أحمد رحمه الله على ظاهره فى وجوب الأجرة على تخليص المتاع من المهالك، دون الآدمى. لأن الآدمى أهل فى الجملة لحفظ نفسه.

قال فى القاعدة الرابعة والثمانين: وفيه نظر. فقد يكون صغيرًا أو عاجزًا، وتخليصه أهم وأولى من المتاع. وليس فى كلام الإمام أحمد تفرقة. انتهى.

فائدتان

إحداهما: لو تلف ما خلصه من هلكة: لم يضمنه منقذه. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يضمنه. حكاه فى التلخيص.

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين: وفيه بعد.

الثانية: متى كان العمل فى مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه: كان جائزًا. كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته. صرح به فى المغنى، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. واقتصر عليه فى آخر القاعدة الرابعة والسبعين. وقال: ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقص بذبحه.

تنبيه: مراد المصنف وغيره: بقولهم "ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شيء له" غير المعد لأخذ الأجرة.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٣٧٣/٦).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: – وعلى قياس أحمد يكون لمستخرجه هنا أجرة المثل لأن ذلك وسيلة إلى تخليصه وحفظه لصاحبه وصيانته عن الغرق) الشرح (٣٢٧/٦).

فأما المعد لأخذها: فله الأجرة قطعًا. كالملاح، والمكارى، والحجام، والقصار، والخياط، والدلال، ونحوه ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل. فإذا عمل: استحق أجرة المثل. نص عليه.

وتقدم بعض ذلك فى باب الإجارة.

قوله: ﴿إلاَّ فِى رَدِّ الآبِقِ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب(١). ونص عليه.

وعنه: لاشئ لراده من غير جعالة. اختاره المصنف، وقال: هو ظاهر كلام الخرقى.

ونازع الزركشى المصنف فى كون هذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، أو أنه ظاهر كلام الخرقى.

قوله: ﴿فَإِنَّ لَهُ بِالشَّرْعِ دِينَارًا، أَوْ اثْنَى عَشَرَ دِرْهَمًا﴾.

هذا المذهب. قال فى الرعاية، وشرح الحارثى، وغيرهما: وسواء كان يساويهما أولا، وسواء كان زوجًا أو ذا رحم، فى عيال المالك أولا. قاله الحارثى. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر(٢)، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، وغيرهم.

وعنه: إن رده من خارج المصر: فله أربعون درهمًا، قربت المسافة أو بعدت.

قال المصنف(٣)، وتبعه الشارح، والفائق: اختاره الخلال.

وعنه: من المصر: عشرة. قال الخلال: استقرت عليه الرواية.

قال القاضى: هذه رواية واحدة. وجزم به ابن البنا فى خصاله، وصاحب عيون المسائل، وقال: الرواية الصحيحة من خارج المصر: دينار أو عشرة دراهم.

قال فى الفائق :ولورّد الآبق: فله ـ بغير شرط ـ عشرة دراهم.

وعنه: اثنى عشر.

---

(١) ذكره مقدما فى المغنى فقال: (أما العبد الآبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له لما روى عمر بن دينار وابن أبى مليكة أن النبى ﷺ جعل فى جعل الآبق إذا جاء به خارجا من الحرم ديناراً) المغنى (٦/٣٥٥). وقال صاحب المحرر: (ولا يستحق الجعل بغير شرط إلا فى رد الآبق خاصة فإن له الجعل بالشرع دينارًا أو اثنى عشر درهما) المحرر (١/٣٧٢)، الكافى (٢/١٨٨).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وبمامه ، المحرر (١ / ٣٧٢) .

(٣) ذكره المصنف فى المغنى على رواية ثابتة فقال: والثانية: له أربعون درهما إن رده من خارج المصر) المغنى (٦ / ٣٥٦) وذكره فى الكافى (٢ / ١٨٨) .

وعنه: أربعون درهما من خارج المصر.

قال الزركشي في المغني[1]: إذا رده من المصر دينار، أوعشرة دراهم. وفي الكافي[2] دينار، أو اثني عشردرهما. وفي رواية أخرى: دينار.

وفي خلافي الشريف، وأبي الخطاب، والجامع الصغير: دينار أو اثني عشر درهمًا في رواية. وفي أخرى: عشرة دراهم. انتهى.

وتقدم كلام القاضي، ابن البنا، والحلواني.

وقال الحارثي: إذا رده من داخل المصر: فله عشرة دراهم قولا واحدًا. نص عليه في رواية حرب، وقال: لا أعلم نصًا بخلافه.

وفي كتاب الروايتين للقاضي: لا تختلف الرواية: أنه إذا جاء به من المصر أن له عشرة دراهم.

وقاله ابن أبي موسى في الإرشاد.

ونقله أبو بكر في زاد المسافر، والتنبيه.

وقال القاضي أيضًا في المجرد، وابن عقيل في الفصول. ولم يوردوا سواه.

قال: فأما في المقنع، والهداية، والمستوعب، والفروع لأبي الحسين، والأعلام لابن بكروس، والمحرر[3]، وغيرهم: من التقدير بالدينار أو اثني عشر. وفي داخل المصر: كما في خارجه، فلا يثبت.

وأصل ذلك كله: قول القاضي في الجامع الصغي:ر«من رد آبقًا: استحق دينارًا، أو اثني عشر درهما. سواء جاء به من المصر أو خارج المصر في إحدى الروايتين. والأخرى: إن جاء به من المصر: استحق عشرة دراهم. وإن جاء به من خارج المصر: استحق أربعين درهما».

فمنهم: من حكى ذلك كله. ومنهم: من اختص العشرة في المصر، بناء على أنها معنى الدينار، وأن الدينار قد يُقَوَّم بالعشرة والاثني عشر. فيكون داخلا في الرواية الأولى.

---

(١) ذكر فعلاً صاحب المغني بتمامه فقال: (روى عن أحمد أنه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر) المغني (٦ / ٣٥٦) .

(٢) ذكره المصنف فعلا في الكافي فقال: (وقدر الجعل دينارا أو اثنى عشر درهما) الكافي (١٨٨/٢).

(٣) ذكره في المحرر فقال: (فإن له الجعل بالشرع دينارًا أو اثنى عشر درهما وعنه إن رده من خارج المصر فله أربعون درهما) المحرر (٣٧٢/١).

قال: وهذا الذى قاله القاضى من استحقاق الدينار، أو الاثنى عشر فى المصر: لا أصل له فى كلام الإمام أحمد رحمه الله البتة. ولا دليل عليه. انتهى كلام الحارثى.

قلت: وفيه نظر. لأن ناقل هذه الرواية هو القاضى. وهو الثقة الأمين فى النقل بل هو ناقل غالب روايات المذهب. ولا يلزم من عدم اطلاع الحارثى على هذه الرواية أن لا تكون نقلت عن الإمام أحمد، خصوصًا وأنه قد تابعه هؤلاء الأعلام المحققون.

تنبيه: دخل فى عموم كلام المصنف: لو رده الإمام. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع.

ونقل حرب: إن رده الإمام، فلا شىء له. وجزم به ابن رجب فى قواعده.

وقال: وذلك لانتصابه للمصالح. وله حق فى بيت المال على ذلك.

وكذا قال الحارثى. وقطع به. وتقدم نظيرها فى عامل الزكاة.

قوله: ﴿وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِى قُوتِهِ﴾.

هذا المذهب. نص عليه، وسواء قلنا: باستحقاق الجعل أم لا. جزم به الوجيز وغيره. وقدمه فى الفروع وغيره.

وقال ابن رجب فى قواعده: وجزم به الأكثرون من غير خلاف.

قال الزركشى: هذا المشهور.

وخرج المصنف قولا: بأنه لا يرجع.

وقيل: لا يرجع إلا إذا أنفق بنية الرجوع. واختاره فى الرعاية.

واشترط أبو الخطاب، والمجد فى المحرر: العجز عن استئذان المالك. وضعفه المصنف رحمه الله.

ولا يتوقف الرجوع على تسليمه، بل لو أبق قبل ذلك: فله الرجوع بما أنفق عليه. نص عليه فى رواية عبد الله. وصرح به الأصحاب.

فوائد

إحداها: علف الدابة كالنفقة.

الثانية: لو أراد استخدامه بدل النفقة، ففى جوازه روايتين. حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية، كالعبد المرهون. وذكرهما فى الموجز، والتبصرة.

والصحيح من المذهب: أنه لا يجوز ذلك فى العبد المرهون. فكذا هنا بطريق أولى. والله أعلم.

تنبيه: أفادنا المصنف جواز أخذ الآبق لمن وجده. وهو صحيح. لأنـه لايؤمـن عليـه أن يلحق بدار الحرب ويرتد، أو يشتغل بالفساد فى البلاد. بخلاف الضوال التى تحفـظ نفسها.

إذا علم ذلك، فهو أمانة في يده إذا أخذه. إن تلف بغير تفريط فـلا ضمـان عليـه. وإن وجد صاحبه دفعه إليه، إذا اعترف العبد أنه سيده، أو أقام به بينة.

فإن لم يجـد سـيده دفعـه إلى الإمـام أو نائبـه. فيحفظـه لصاحبـه، أو يبيعـه إن رأى المصلحة فيه.

وليس لواجده بيعه، ولا تملكـه بعـد تعريفـه. لأنـه ينحفـظ بنفسـه. فهـو كضـوال الإبل. ذكره المصنف[١]، والشارح.

وقولهما «ينحفظ بنفسه» دليل على أنهما أرادا الكبير. لأن الصغير لاينحفظ بنفسه. ويأتى فى باب اللقطة.

فإن باعه الإمام أو نائبه لمصلحة رآها، فجاء سيده، فاعترف أنه كـان أعتقـه: قبـل قوله. على الصحيح من المذهب. قدمه فى المغنى[٢]، والشرح، وشرح ابن رزين.

وقيل: لا يقبل. وهو احتمال فى المغنى[٣]، والشرح.

وأطلقهما فى الفروع، والحارثى. ذكره فى اللقطة.

الثالثة: العبد وغيره أمانة فى يده. لاضمان عليه إلا أن يتعدى. نص عليه. على مـا تقدم.

الرابعة: أم الولد والمدبر كالقن فيما تقدم. إذا جاء بهما إلى السيد.

فإن مات قبل وصولهما إليه: فلا جعـل. لأنهمـا يعتقـان بـالموت. فـالعمل لم يتـم، بخلاف النفقة. فإنه يرجع بما أنفق حال الحياة. والله أعلم بالصواب.

وتقدم أن المنصوص: أنه يستحق الأجرة بتخليص متاع غيره من مهلكة.

* * *

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٣٥٧/٦).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٣٥٧/٦).

(٣) ذكره صاحب المغنى فقال: ويحتمل أن لا يقبل لأنه ملك لغـيره فـلا يقبـل إقـراره فىملـك غـيره كمـا لوباعه السيد ثم أقر بعتقه فعلى هذا ليس لسيده أخذ ثمنه لأنه يقرأنه حر ولا يستحق ثمنه ولكـن يؤخـذ إلى بيت المال لأنه لا يستحق له فهو كتركة من مات ولا وارث له) المغنى (٣٥٧/٦).

باب اللقطة

فائدة: قوله: ﴿وَهِيَ المَالُ الضَّائِعُ مِنْ رَبِّهِ﴾.

هو تعريف(١) لمعناها الشرعى. وكذا قال غيره.

قال الحارثى: وعلى هذا سؤلان.

أحدهما: قد يكون الملتقط غير ضائع. كالمتروك قصدًا لأمر يقتضيه. ومنه المال المدفون، والشيء الذى يترك ثقة به، كأحجار الطحن، والخشب الكبار.

والثانى: أنهم اختلفوا فى التقاط الكلب المعلم.

فعلى القول بالتقاطه: يكون خارجا عما ذكر.

ومن قال من الأصحاب لا يلتقط: إنما قال لأجل كونه ممتنعًا بنابه. لا لأنه غير مال.

قال الحارثى: ويعصم من السؤال: أن يضاف إلى الحد«ما جرى مجرى المال».

قوله: ﴿وَتَنْقَسِمُ ثَلاَثَةَ أَقْسَامٍ. أَحَدُهَا: مَالاَ تَتْبَعُهُ الهِمَّةُ﴾.

يعنى: همة أوساط الناس، ولو كثر. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

ومثله المصنف: بالسوط والشسع والرغيف.

ومثله فى الإرشاد، وتذكرة ابن عقيل، والهداية، والمذهب، والمستوعب. وجماعة: بالثمرة والكسرة، وشسع النعل. وما أشبهه.

ومثله فى المغنى(٢) «بالعصا والحبل» وما قيمته كقيمة ذلك.

قال الحارثى: «مالا تتبعه الهمة» نص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله، وحنبل: أنه ما كان مثل التمرة، والكسرة، والخرقة، ومالا خطر له. فلا بأس.

وقال فى رواية ابن منصور: الذى يُعَرَّف من اللقطة: كل شيء، إلا مالا قيمة له.

---

(١) عرفها صاحب المغنى فقال: (هى المال الضائع من ربه يلتقطه غيره) المغنى (٣١٨/٦) وكذلك عرفها صاحب الشرح (٣١٨/٦) وعرفها فى الكافى (بأنها: المال المضاع عن ربه) الكافى (١٩٦/٢).

(٢) ذكره فى المغنى والحديث جابر قال: رخص لنا رسول الله ﷺ (فى العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل بنتفع به) المغنى (٣٢٤/٦).

وسئل الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب: الرجل يصيب الشسع فى الطريق: أيأخذه؟ قال: إذا كان جيدًا مما لا يطرح مثله. فلا يعجبنى أن يأخذه. وإن كان رديئًا قد طرحه صاحبه: فلا بأس.

قال الحارثى: فكلام الإمام أحمد رحمه الله: لا يوافق ما قال فى المغنى(١). ولاشك أن الحبل، والسوط، والرغيف: يزيد على التمرة، والكسرة.

قال: وسائر الأصحاب، على ما قال الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك كله. ولا أعلم أحدًا وافق المصنف، إلا أبا الخطاب فى الشسع فقط. انتهى.

قال فى الرعاية: وما قل، كتمرة وخرقة، وشسع نعل، وكسرة. وقيل: ورغيف. انتهى.

فحكى فى الرغيف: الخلاف.

وقيل: هو مادون نصاب السرقة.

قال فى الكافى(٢): ويحتمل أن لا يجب تعريف مالا يقطع فيه السارق.

وقيل: هو مادون قيراط، من عين أو وَرِق. اختاره أبو الفرج فى المبهج والإيضاح. ورده المصنف.

وذكر القاضى، وابن عقيل: لايجب تعريف الدانق.

قال الحارثى: والظاهر أنه عنى دانقًا من ذهب.

وكذا قال صاحب التلخيص.

قال فى الرعاية: وقيل: بل ما فوق دانق ذهب.

وقال أيضًا: وعنه يعرف الدرهم فأكثر.

فائدة: لو وَجَدَ كناس ـ أو نخال، أو مقلش ـ قطعاً صغارًا متفرقة: ملكها بلا تعريف، وإن كثرت.

قوله: ﴿فَيُمَلَّكُ بِأَخْذِهِ بِلاَ تَعْرِيفِهِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله.

وعنه: يلزمه تعريفه. ذكرها أبو الحسين.

---

(١) انظر المغنى (٦/٣٢٤).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى بنصه وتمامه ثم قال: (لأنه تافه – قالت عائشة رضى الله عنها: كانوا لا يقطعون فى الشيء التافه) الكافى (٢/١٩٧).

وقيل: يلزمه تعريفه مدة يظن طلب ربه له. اختاره فى الرعاية.

فوائد

منها: ما قاله فى التبصرة: إن الصدقة بذلك أولى.

ومنها: أنه لا يلزمه دفع بدله إذا وجد ربه. على الصحيح(١) من المذهب.

وقوة كلام المصنف هنا: تقتضيه لقوله: «فيملك بأخذه بلا تعريف» وقدمه فى الفروع.

وقال فى التبصرة: يلزمه.

قال فى الفروع: وكلامهم فيه يحتمل وجهين.

وقيل: للإمام أحمد رحمه الله، فى التمرة يجدها. أو يلقيها عصفور، أيأكلها؟ قال: لا. قال: أيطعمها صبيًا، أو يتصدق بها؟ قال: لا يعرض لها.

نقلها أبو طالب، وغيره. واختاره عبد الوهاب الوراق.

ومنها: لايعرف الكلب إذا وجده، بل ينتفع به إذا كان مباحًا. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يعرف سنة. ويأتى قريبا.

قوله: ﴿الثَّانِى: الضَّوَالُّ التى تَمْتَنِعُ من صِغَارِ السِّبَاعِ ـ كَالإِبِلِ وَالْبَقَرِ، والخَيْلِ، وَالبِغَالِ، والظِّبَاءِ، وَالطَّيْرِ، وَالفُهُودِ وَنَحْوِهَا ـ فَلاَ يَجُوزُ التِقَاطِهَا﴾. بلا نزاع.

فوائد

منها: الصحيح من المذهب: أن الحمر مما يمتنع من صغار السباع. وعليه جماهير الأصحاب.

قال المصنف(٢)، والشارح، وغيرهما: قاله الأصحاب.

قال الحارثى: هو قول القاضى فى آخرين. وجزم به فى الرعايتين، وغيرهما.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: وتملك اللقطة ملكا مراعى جراى يزول بمجئ صاحبها ويضمن له بدلها إن تعذر ردها) المغنى (٣٢٨/٦). والكافى (١٩٩/٢). والشرح (٣٦١/٦)، والمحرر (٣٧٢/١).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى فقال: (فأما الحمر فألحقها أصحابنا بالنوع الأول لان لها قوة فأشبهت البقر) الكافى (٢٠٠/٢).

وذكره أيضا المصنف فى المغنى فقال: (فأما الحمر فجعلها أصحابنا من هذا القسم الذى لا يجوز التقاطه لأن لها أجساما عظيمة فأشبهت البغال والخيل) المغنى (٣٦٨/٦).

وقدمه فى الفروع، والفائق، وغيرهما.

وألحق المصنف الحمر بالشاة ونحوها.

قال الحارثى: وهو أولى.

ومنها: قال الحارثى: اختلف الأصحاب فى الكلب المعلم. فأدخله المصنف فيما يمتنع التقاطه، كما اقتضاه ظاهر لفظه هنا. وصريح لفظه فى المغنى(١). اعتباراً بمنعته بنابه.

وجوز التقاطه القاضى، وغيره. وهو أصح. لأنه لا نص فى المنع. وليس فى معنى الممنوع. وفى أخذه حفظه على مستحقه. أشبه الأثمان وأولى، من جهة أنه ليس ما لا. فيكون أخف.

وعلى هذا: هل ينتفع به بعد حول التعريف؟ فيه وجهان. وفيهما طريقان.

إحداهما: بناء الخلاف على الخلاف فى تملك الشاة بعد الحول. وهى طريقة القاضى.

والأخرى: بناء الانتفاع على التملك لما يمتلك بعد الحول. وبناء منع الانتفاع: أنه لا يضمن لما ضاع منه بالقيمة لو تلف. لانتفاء كونه مالاً، فيؤدى إلى الانتفاع مجانا، وهو خلاف الأصل. انتهى كلام الحارثى.

ومنها: يجوز للإمام ونائبه: أخذ ما يمتنع من صغار السباع وحفظه لربه. ولا يلزمه تعريفه. قاله الأصحاب.

ولا يكتفى فيها بالصفة. قاله المصنف، وغيره. واقتصر عليه فى الفروع.

ولا يجوز لغيرهما أخذ شئ من ذلك لحفظه لربه. على الصحيح من المذهب.

وقال المصنف، ومن تبعه: يجوز أخذها إذا خيف عليها، كما لو كانت فى أرض مَسْبَعة، أو قريباً من دار الحرب، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين، أو فى برية لا ماء فيها ولا مرعى. ولا ضمان على آخذها، لأنه إنقاذ من الهلاك.

قال الحارثى: وهو كما قال. وجزم به فى تجريد العناية.

قلت: لو قيل بوجوب أخذها، والحالة هذه: لكان له وجه.

ومنها: قطع المصنف(٢)، والشارح: بجواز التقاط الصيود المتوحشة، التى إذا

---

(١) ذكره صاحب المغنى وفقال: (لأنه يمنع بنابه كالكلاب والفهود) انظر المغنى (٣٦٧/٦).

(٢) ذكرها فى المغنى فقال: (لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها

تركت: رجعت إلى الصحراء. بشرط أن يعجز عنها صاحبها. واقتصر عليه الحارثى.

قلت: فيعايى بها.

وظاهر ماقدمه فى الفروع: عدم الجواز.

قلت: وهو ضعيف. لكنه إنما حكى ذلك عنه: فى طير متوحشة.

وكلام المصنف أعم من ذلك.

ومنها: قال ابن عقيل فى الفصول، والمصنف[١]، والشارح، والزركشى، وجماعة: أحجار الطواحين، والقدور الضخمة، والخشاب الكبيرة، ونحوها: ملحقة بالإبل فى منعَ الالتقاط.

قال المصنف، والشارح: بل أولى.

قال الحارثى: فظاهر كلام غير واحد من الأصحاب: جواز الالتقاط. وكذا نصه فى رواية حنبل.

وهو ظاهر ما جزم به فى الفروع فى الخشبة الكبيرة.

قوله: ﴿وَمَنْ أَخَذَهَا ضَمِنَهَا﴾.

يعنى: إذا تلفت. ويضمن نقصها إذا تعيبت.

لكن إتلافها، لايخلو: إما أن يكون قد كتمها، أولا.

فإن كان ما كتمها وتلفت: ضمنها كغاصب.

وإن كان كتمها حتى تلفت: ضمنها بقيمتها مرتين. على المذهب. نص عليه فى رواية ابن منصور، إمامًا كان أو غيره.

اختاره أبو بكر، وغيره. وجزم به فى المحرر[٢]، والرعايتين، والحاوى الصغير، والوجيز، والفائق، وغيرهم.

= فى نفسها ولو كان حفظها فى أنفسها هو المقصود لما حاز التقاط الأثمان فإن الدينار دينارحيثما كان) المغنى (٣٦٨/٦).

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (فأما غير الحيوان فما كان منه فيحفظ بنفسه كأحجار الطواحين والكثير من الخشب وقدور النحاس فهو كالإبل فيه تحريم أخذه بل أولى منه لأن الإبل تتعرض فى الجملة للتلف أما بالاسد واما بالجوع والعطش أو غير ذلك وهذه بخلاف ذلك ولأن هذه لا تكاد تمنعه عن صاحبها ولا تبرح من مكانها بخلاف فإذا أخذ الحيوان فهذه أولى) المغنى (٣٦٩/٦).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وتمامه فقال: (ومن التقطه وكتمه حتى تلف ضمنه بقيمته مرتين) المحرر (٣٧١/١).

قال الحارثى: وقال به غير واحد.

قال فى الفروع: ويضمنه كغاصب، ونصه ـ وقاله أبو بكر ـ يضمن ضالة مكتومة بالقيمة مرتين، للخبر.

فائدتان

إحداهما: قوله: ﴿فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الإِمَامِ زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ﴾. بلا نزاع.

قال الحارثى: هذا ينبنى على أن لنائب الإمام أخذها ابتداء للحفظ. وهو شىء قاله متأخرو أهلِ المذهب: القاضى، وابن عقيل، والسامرى، والمصنف(١)، وغيرهم.

وكذا لو أمره بردها إلى موضعها، وردها: برئ. قاله فى الفروع وغيره.

الثانية: إذا أخذها الإمام، أو نائبه منه: لم يلزمه تعريفها. قاله الأصحاب.

قوله: ﴿الثَّالِثُ: سَائِرُ الأَمْوَالِ، كَالأَثْمَانِ، والمَتَاعِ، وَالغَنَمِ والفُصْلاَنِ وَالعَجَاجِيلِ، والأَفْلاَءِ﴾.

يعنى: يجوز التقاطها. وهذا المذهب(٢). وعليه الأصحاب.

قال فى الفائق: قلت: وكذا مريض لا ينبعث، ولو كان كبيرًا.

وعنه ـ فى شاة، وفصيل، وعجل، وفَلْو ـ لايجوز التقاطه. ذكرها المصنف، وغيره.

قال الزركشى: وعنه لا يلتقط الشاة ونحوها إلا الإمام. وأطلقهما فى الهداية والمذهب، والمستوعب.

وذكر أبو الفرج فى العرض رواية لا يلتقطه.

تنبيه: شمل كلام المصنف: العبد الصغير، والجارية. وهو صحيح.

قال فى الرعاية: والعبد الصغير كالشاة. وكذا كل جارية تحرم على الملتقط. وجزم به فى الوجيز.

قال الحارثى: وصغار الرقيق مطلقًا يجوز التقاطه. ذكره القاضى، وابن عقيل واقتصر على ذلك.

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى وفقال: (والإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه الحفظ لصاحبها) المغنى (٣٦٩/٦). وذكر المصنف فى الكافى (٢٠٠/٢).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (فيجوز التقاطها لمن يقصد تعريفها وتملكها بعد لحديث زيد بن خالد فى لقطة الذهب والورق وقوله فى الشاة: " خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب " ثبت فى الذهب والفضة وقسنا عليه المتاع وقسنا على الشاة كل حيوان لا يمتنع بنفسه من ضفادع والسباع) الشرح (٣٢٨/٦) والمغنى (٣٦٢/٦). والمحرر (٣٧١/١).

وقيل: لا يملك بالتعريف.

قال القاضى: هذا قياس المذهب.

قال المصنف فى المغنى(١): وهذه المسألة فيها نظر. فإن اللقيط محكوم بحريته. فإن كان ممن يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك: لم يقبل إقراره. لأن الطفل لاقول له. ولو اعتبر قوله فى ذلك لاعتبر فى تعريفه سيده. انتهى.

وتقدم كلام المصنف فى آخر الباب الذى قبله. وفيه إشارة إلى أن الصغير يملك بالتعريف.

قوله: ﴿وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا، وَقَوِىَ عَلَى تَعْرِيفِهَا. فَلَهُ أَخْذُهَا. وَالأَفْضَلُ: تَرْكُهَا﴾.

هذا المذهب. نص عليه(٢). وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره. وهو من المفردات.

وعند أبى الخطاب: إن وجدها بِمَضْيَعة. فالأفضل أخذها.

قال الحارثى: وهذا أظهر الأقوال.

قلت: وهو الصواب.

وخرج بعض الأصحاب من هذا القول: وجوب أخذها. وهو قوى فى النظر.

تنبيه: ظاهر قوله: «وقوى على تعريفها» أن العاجز عن التعريف ليس له أخذُها.

وهو صحيح. وكذا الحكم إن لم يأمن نفسه عليها.

ولا يملكها بالتعريف. على الصحيح من المذهب. وفيه وجه يملكها. ذكره فى المغنى(٣)، وغيره.

فائدة: لو أخذها بنية الأمانة، ثم طرأ قصد الخيانة. قال فى التلخيص: يحتمل وجهين.

أحدهما: لا يضمن، كما لا يضمن لو كان أودعه.

---

(١) ذكر المصنف فى آخر باب اللقطة فى المغنى وقطع به بنصه وتمامه المغنى (٦/٣٧٣).

(٢) ذكره فى المغنى فقال: (لأنه تعريض لنفيسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الامانه فيها فكان تركه أولى وأسلم كولايته مال اليتيم وتخليل الخمر) المغنى (٦/٣١٩). الشرح (٦/٣٣٠). والكافى (٢/١٩٧)، المحرر (١/٣٧١).

(٣) انظر المغنى (٦/٣٢٧).

قال الحارثى: وهذا اختيار المصنف. وهو الصحيح. انتهى.

والثانى: يضمن.

قال فى التلخيص: وهو الأشبه بقول أصحابنا فى التضمين بمجرد اعتقاد الكتمان. ويخالف المودع. فإنه مسلط من جهة المالك. انتهى.

وتقدم نظير ذلك فى الوديعة قبل قوله: «وإن أودعه صبى وديعة»

وأطلقهما فى الفروع حكاية عن صاحب الترغيب.

قوله: ﴿وَمَتَى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا، أَوْ فَرَّطَ فِيهَا: ضَمِنَهَا﴾.

اعلم أنه إذا التقطها، ثم ردها إلى موضعها، فلا يخلو: إما أن تكون مما يجوز التقاطه أو لا.

فإن كانت مما يجوز التقاطه: ضمنها، إلا أن يأمره الحاكم أو نائبه بذلك. فإنه لا يضمن بلا نزاع. كما تقدم.

وإن كانت مما لا يجوز التقاطه إذا رده، فلا يخلو: إما أن يكون بإذن الإمام، أونائبه، أو لا.

فإن كان بإذن أحدهما: لم يضمن.

وإن كان بغير إذن: فالصحيح من المذهب: أنه يضمن. وقدمه فى الفروع.

وقيل: لا يضمن. وهما احتمالان مطلقان فى المغنى(١)، والشرح(٢).

فعلى المذهب: يزول عنه الضمان لو أخذها ودفعها إلى الإمام أو نائبه.

فائدة: لو أخذ من نائم شيئًا: لم يبرأ منه إلا بتسليمه له بعد انتباهه. وكذلك الساهى.

قوله: ﴿وَهِيَ عَلَى ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ. أَحَدُهَا: حَيَوَانٌ. فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَبَينَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ. وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ﴾.

قال المصنف(٣)، وتبعه الشارح: لم يذكر أصحابنا له تعريفا، ومراده: إذا استوت الثلاثة عنده.

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (أما ما لا يحل التقاطه إذا أخذه فيحتمل أن له رده إلى مكانه ولا ضمان عليه لهذه الآثار ولأنه كان واجبا عليه تركه فى مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه برده فإنه دخل فى ضمانه فلم يبرأ من ضمانه برده إلى مكانه كالمسروق وما يجوز التقاطه) المغنى (٦/٣٤٢).

(٢) ذكر الاحتمالان فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/٣٣١).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه ثم عقب قائلا: (ولنا أنها لقطة لها خطر توجب تعريفها كالمطعوم الكثير وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها فاستغنى بذلك عن ذكره فيها ولا يلزم من جواز التصرف فيها فى الحول سقوط التعريف كالمطعوم) المغنى (٦/٣٦٥).

أما إذا كان أحدهما أحظ: فإنه يلزمه فعله.

قال فى الفروع: ويفعل الأحظ لمالكه.

قال الحارثى: وفى المجرد، والفصول، فى باب الوديعة: أن كل موضع وجب عليه نفقة الحيوان، فحكمه حكم الحاكم. إن رأى من المصلحة بيعها وحفظ ثمنهـا، أو بيع البعض فى مؤنة ما بقى، أو أن يستقرض على المالك، أو يؤجر فى المؤنة: فعل. انتهى.

وقال فى الترغيب: لا يبيع بعض الحيوان.

وأفتى أبو الخطـاب، وابـن الزاغونـى بأكلـه بمضيعـة، بشـرط ضمانـه، وإلا لم يجـز تعجيل ذبحه. لأنه يطلب.

وقال أبو الحسين، وابن عقيل فى الفصول، وابن بكروس: لا يتصرف قبـل الحـول فى شاة ونحوها بأكل ولا غيره. رواية واحدة، ونحوه قول أبى بكر.

قال فى زاد المسافر: وضالـة الغنـم إذا أخذهـا يعرفهـا سنة. وهـو الواجـب. فـإذا مضت السنة، ولم يعرف صاحبها: كانت له مثل ما التقط من غيرها.

قال الحارثى: وقد قال الشريفان ـ أبو جعفر، والزيدى ـ لاتملك الشاة قبل الحـول. رواية واحدة.

وكذا حكى السامرى، قال: إن كانت اللقطـة حيواناً يجوز أخـذه كـالغنم. ومـا حكمه حكمها: لم يملكها قبل الحول.

قال الزركشى: وظاهر كـلام الخرقـى: أن الحيـوان يعَّـرف كغيره. وهـو مقتضـى كلام صاحب التلخيص، وأبى البركات وغيرهما.

قال الحارثى: وهذا ينفى اختيار الأكل. لأنه تملك عاجل. وهذا ـ أعنى الحفظ مـن غير تخيير ـ هو الصحيح. فكان قبل ذلك أولى الأمور: الحفـظ مـع الإنفـاق. ثـم البيع وحفظ ثمنه. ثم الأكل وغرم القيمة. انتهى.

وقال ناظم المفردات:

والشاة فى الحال ولو فى المصر ... تملك بالضمان إن لم يُبْرِى

قوله: ﴿وَهَلْ يَرْجِعُ بِذَلِكَ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وهمـا روايتـان فـى المجـرد، والفصـول، والمغنى[1]، والشـرح[2]، والمسـتوعب،

---

(١) ذكر الروايتين فى المغنى فقال: (على روايتين. إحداهما: يرجع به نص عليه فى رواية المروزى فى طيره أخت عند قوم فقضى أن الفراخ لصاحب الطيره ويرجع بـالعلف إذا لم يكـن متطوعًـا. والثانيـة: لا يرجع بشىء لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع) المغنى (٣٦٥/٦).

(٢) ذكر الروايتين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٣٩/٦).

وغيرهم وأطلقهما فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والمستوعب، والزركشى.

أحدهما: يرجع إذا نوى الرجوع. وهو المذهب. نص عليه. وصححه فى التصحيح.

قال الحارثى: والأصح الرجوع. والرجوع هو المنصوص فى الآبق. والآبق من نحو الضالة. وجزم به فى الوجيز والإرشاد.

قال أبو بكر: يرجع مع ترك التعدى. فإن تعدى لم يحسب له.

والوجه الثانى: لا يرجع.

قال فى القاعدة الخامسة والسبعين: إن كانت النفقة بإذن حاكم رجع وإن لم تكن بإذنه ففيه الروايتان.

يعنى: اللتين فيمن أدى حقًا واجبًا عن غيره بغير إذنه، ونوى الرجوع.

والصحيح من المذهب: الرجوع على ما تقدم فى باب الضمان. فكذا هنا.

قال ابن رجب: ومنهم من رجح هنا عدم الرجوع. لأن حفظها لم يكن متعينًا، بل كان مخيرًا بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها.

وذكر ابن أبى موسى: أن الملتقط إذا أنفق غير متطوع بالنفقة، فله الرجوع بها. وإن كان محتسبا، ففى الرجوع روايتان.

قال فى المستوعب: إن كان بإذن حاكم، فله الرجوع. وإن أنفق بغير إذنه، ولم يُشهد بالرجوع: فهو متطوع. وإن أنفق محتسبًا بها، وأشهد على ذلك. فهل يملك الرجوع؟ على روايتين.

قوله: ﴿الثَّانِي: مَا يَخْشَى فَسَادُهُ، فَيُخَيَّرُ بيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ﴾.

يعنى: إذا استويا. وإلا فعل الأحظ. كما تقدم.

قال فى الفروع: وله أكل الحيوان وما يخشى فساده بقيمته. قاله أصحابنا.

وقال فى المغنى(٣): يقتضى قول أصحابنا: «إن العروض لا تملك» أنه لا يأكل،

---

(١) انظر المغنى (٣٦٥/٦).

(٢) انظر الشرح (٣٣٩/٦).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه والنص الذى ذكر يدل على ذلك فقال: - لنا على جواز أكله قول النبى ﷺ :(فى ضالة الغنم، خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب وهذا تجويز للأكل فإذا اجاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسد ببقائه أولى) المغنى (٣٦٧/٦).

ولكن يخير بين الصدقة وبين بيعه. وذكر نصًا يدل على ذلك. انتهى.

قال الحارثى: ما لا يبقى.

قال المصنف[١] فيه، والقاضى، وابن عقيل: يتخير بين بيعه وأكله. كذا أوردوها مطلقًا.

وقيد أبو الخطاب بما بعد التعريف. فإنه قال: عرفه بقدر ما يخاف فساده، ثم هو بالخيار.

قال: وقوله: «بقدر ما يخاف فساده» وهم. وإنما هو بقدر مالا يخاف.

قلت: وتابع أبا الخطاب على هذه العبارة فى المذهب، والمستوعب، والتلخيص، وجماعة.

ومشى على الصواب فى الخلاصة. فقال: عرفه ما لم يخش فساده.

قال الحارثى: والمذهب الإبقاء، ما لم يفسد من غير تخيير، على مامر نصه فى الشاة. وهو الصحيح. فإذا دنا الفساد فروايتان.

إحداهما: التصدق بعينه مضمونًا عليه.

والثانية: البيع وحفظ الثمن.

قلت: وهو الصواب. وأطلقهما الحارثى.

وقال ابن أبى موسى: يتصدق بالثمن. انتهى.

ومع تعذر البيع أو الصدقة يجوز له أكله. وعليه القيمة.

تنبيه: حيث قلنا: يباع. فإن البائع الملتقط. على الصحيح من المذهب، سواء كان يسيرًا أو كثيرًا، تعذر الحاكم أولا.

وعنه: يبيع اليسير، ويرفع الكثير إلى الحاكم.

وعنه: يبيعه كله إن فقد الحاكم، وإلا رفعه إليه.

فائدة: لو تركه حتى تلف ضمنه.

قوله: ﴿إِلاَّ أَنْ يُمكِنَ تَجْفِيفُهُ ـ كالعِنبِ ـ فَيَفْعَلُ مَا يَرَى فِيهِ الحَظَّ لِمَالِكِهِ﴾.

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى فقال: – لأنه مال أبيح للملتقط أكله فأبيح له بيعه كما له ولأنه مال أبيح له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه كما له) المغنى (٦/٣٦٦) وذكره أيضا فى العمدة (٢٦٢) وذكره فى الكافى (٢/٢٠١).

أى من التحفيف والبيع والأكل. وصرح به المصنف فى المغنى[١]، والكافى[٢].

ولم يجعل له القاضى، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والسامرى: الأكل. لأنه يملك قبل انقضاء التعريف فيما يبقى. وهو خلاف الأصل. واقتصروا على الأحظ من التحفيف والبيع.

قال الحارثى: وهو الأقوى.

وقال: وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ من رواية مهنا، وإسحاق ـ التسوية بين هذا النوع والذى قبله.

وكذا كلام ابن أبى موسى. قال: فيجرى فيه مامر من الخلاف. انتهى.

قوله: ﴿وَيُعَرِّفُ الجميع﴾. يعنى: وجوبًا ﴿بِالنِّدَاءِ عَلَيهِ فِى مَجَامِعِ النَّاسِ – كَالأَسْوَاقِ، وَأَبْوَابِ المَسَاجِدِ فِى أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ – حَوْلاً كَامِلاً: مَنْ ضَاعَ مِنْهُ شَئ أَوْ نَفَقَةٌ﴾.

وهذا بلا نزاع[٣] فى الجملة.

ووقت التعريف: النهار. ويكون فى الأسبوع الأول: فى كل يوم.

قال فى الترغيب، والتلخيص، والرعاية، وغيرهم: ثم مرة فى كل أسبوع من شهر. ثم مرة فى كل شهر.

وقيل: على العادة بالنداء. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

وقلت: وهو الصواب. ويكون ذلك على الفور.

وقيل: يعرفها بقرب الصحراء إذا وجدها فيها.

قال فى الرعاية الكبرى: قلت فى أقرب البلدان منه.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (فينظر ما فيه الحظ لصاحبه فإن كان فى التخصص حقيقة ولم يكن له إلا ذلك لأنه مال غيره فلزمه ما فيه الحظ لصاحبه كولى اليتيم وإن احتاج فى التحفيف إلى غرامة باع بعضه فى ذلك وإن كان الحظ فى بيعه باعه وحفظ ثمنه كالطعام والرطب فإن تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعين أكله كالبطيخ) المغنى (٣٦٦/٦٣).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى كما فى المغنى، الكافى (٢٠١/٢).

(٣) ذكره فى الشرح (فقال: لأن النبى ﷺ أمر زيد بن خالد وأبىْ بن كعب ولم يفرق ولأن حفظها لصاحبها إنما فائدته إيصا لها إليه وطريقة التعريف أما بقاؤها فى يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سيان ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها فلم يجز كردها إلى موضعها أو القائها فى غيره) الشرح (٣٤٢/٦) والمغنى (٣١٩/٦)، والعمدة (٢٦١)، والمحرر (٣٧١/١)، والكافى (١٩٧/٢) .

تنبيه: شمل قوله: «ويعرف الجميع» الحيوان وغيره. وهو أحد القولين.

وتقدم: أن أبا بكر، وأبا الحسين، وابن عقيل، وابن بكروس، والشريفين، وغيرهم. قالوا: لا يتصرف فى شاة ولا فى غيرها قبل الحول، رواية واحدة.

ونقل أبو طالب: تعرف الشاة. وذكره أبو بكر وغيره.

وقال فى الفروع: أكثر الأصحاب لم يذكروا للحيوان تعريفًا.

وتقدم أيضًا: أن ما يخشى فساده يعرف بمقدار ما لا يخاف فساده عند أبى الخطاب، وابن الجوزى، والسامرى، وصاحب التلخيص، والخلاصة، وغيرهم.

قال الحارثى: والأصح أنها تعرف حولا.

تنبيه: ظاهر قوله: «وأبواب المساجد» أنه لا يعرفها فى نفس المساجد. وهو صحيح. بل يكره. على الصحيح من المذهب(١). قدمه فى الفروع.

وقال فى عيون المسائل: يحرم. وقاله ابن بطة فى إنشادها.

فائدة: لو أخر التعريف عن الحول الأول، مع إمكانه: أثم. وسقط التعريف. على الصحيح من المذهب. نص عليه. وعليه الأصحاب.

وخرج عدم السقوط من نصه على تعريف ما يوجد من دِفْن المسلمين. وهو وجه ذكره فى المغنى(٢).

قال الحارثى: وهو الصحيح.

فيأتى به فى الحول الثانى، أو يكمله إن أخل ببعض الأول.

وعلى كلا القولين: لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول. وكذا لو ترك التعريف فى بعد الحول الأول لايملكها بالتعريف بعده.

وفى الصدقة به الروايتان اللتان فى العروض.

أما إن ترك التعريف فى الحول الأول لعجزه عنه ـ كالمريض والمحبوس، أو لنسيان ونحوه، أو ضاعت ـ فعرفها الثانى فى الحول الثانى. فقيل: يسقط التعريف، ولا يملكها. قدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، وشرح ابن رزين.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: (ولا ينشدها فى المسجد لأن المسجد لم يبن لهذا وقد روى أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه قال: «من سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فليقل لا ردها الله إليك فإن المساجد لم تبن لهذا» المغنى (٣٢٢/٦)، للكافى (١٩٨/٢)، الشرح (٣٤٤/٦).

(٢) انظر المغنى (٣٢٥/٦).

وقيل: يملكها، ولا يسقط التعريف. وأطلقهما في المغني(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثي، والفروع، والفائق.

قوله: ﴿وَأُجْرَةُ المنَادِي عَلَيْهِ﴾.

يعني على الملتقط. وهذا المذهب. نص عليه. وعليه جمهور الأصحاب.

قال الحارثي: هذا المذهب مطلقًا. وجزم به في المنتخب، وغيره. وقدمه في المغني(٣)، والشرح(٤)، وشرح الحارثي، والفائق، والفروع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

قوله: ﴿وَقَالَ أَبُو الخَطَّابِ: مَالاَ يُمْلَكُ بِالتَّعْرِيفِ، وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ: يَرْجِعُ بِالأُجْرَةِ عَلَيهِ﴾.

قلت: وهو الصواب.

وقال ابن عقيل: «ما لايملك بالتعريف» يرجع عليه بالأجرة.

وذكر في الفنون: أنه ظاهر كلام أصحابنا.

وقيل: على ربها مطلقاً.

وعند الحلواني، وابنه: الأجرة من نفس اللقطة. كما لو جفف العنب ونحوه.

وقيل: من بيت المال. فإن تعذر أخذها الحاكم من ربها.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الحَوْلِ حُكْمًا كَالمِيرَاثِ﴾.

هذا المذهب بلا ريب. وعليه جماهير الأصحاب.. ونص عليه.

قال في عيون المسائل: هذا الصحيح من المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقي وصححه في النظم في وغيره.

---

(١) ذكر الإطلاق في المغني فقال: ففيه وجهان. أحدهما - أن حكمه حكم ما لو تركه مع إمكانه لأن تعريفه في الحول سبب الملك والحكم ينبغي لانتفاء سببه سواء انتفى لعذر أو غير عذر. - والثاني: - إنه يعرفه في الحول الثاني ويملكه لأنه لم يؤخر التعريف عن وقت إمكانه فأشبه مالو عرفه في الحول الاول) المغني (٣٢٥/٦).

(٢) ذكر الاطلاق في الشرح كما في المغني، الشرح (٣٤٦/٦).

(٣) ذكره صاحب المغني مقدما فقال: (وله أن سبيت فيه فإن وجد متبرعا بذلك وإلا ان احتاج إلى أجر فهو على الملتقط) المغني (٣٢٢/٦).

(٤) ذكره صاحب الشرح مقدما كما في المغني، الشرح (٣٤٥/٦).

قال الزركشي: نص عليه فى رواية الجماعة. واختاره الجمهور.

قال الحارثي: المذهب أن الملك قهرى. يثبت عند انقضاء الحول، كالإرث.

وقدمه فى الكافى[١]، وشرح ابن رزين، والشرح[٢]، والتلخيص، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، وغيرهم. وجزم به فى العمدة[٣]، والوجيز، والمنور، وغيرهم.

وعند أبى الخطاب: لا يملكه حتى يختار. وهو رواية ذكرها فى الواضح، فيتوقف على الرضى، كالشراء. وأطلقهما فى المحرر[٤].

تنبيه: قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها. وهو الصحيح من المذهب.

قال الحارثي: عدم الفرق هو المشهور فى المذهب، واختيار أكثر الأصحاب. ونص عليه.

قال الزركشي: هو اختيار الجمهور. وقدمه في المحرر[٥]، والشرح[٦]، والفروع، وغيرهم. واختاره ابن أبى موسى، والمصنف، والشارح، وصاحب النهاية وغيرهم وهو ظاهر كلام الخرقى.

وعنه لا تملك لقطة الحرم بحال. اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله. وغيره من المتأخرين.

قال فى الفائق أيضاً: وهو المختار.

قال الحارثي: وهو الصحيح. وأطلقهما فى المحرر[٧].

---

(١) ذكره المصنف فعلا فى الكافى مقدما - فقال: (لقوله ﷺ : فى حديث زيد «وإن لم تعرف فاستبقها» وفى لفظ «وإلا فهى كسبيل مالك» ولأنه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التمليك كالعبد) الكافى (١٩٨/٢).

(٢) ذكره أيضا صاحب الشرح مقدما (فقال: نص عليه أحمد فى رواية الجماعة لقوله ﷺ :(فإن جاء صاحبها وإلا فهى كسائر مالك) وقوله: فاستنفقها ولو وقف ملكها على تملكها لبنية له و لم يجوز له التصرف قبله وفى لفظ (كلها) وغيرها من ألفاظ الأحاديث تدل على ذلك) الشرح (٣٤٧/٦).

(٣) قطع به صاحب العمدة (٢٦١).

(٤) ذكره صاحب المحرر مطلقا فقال: (وفى اعتبار قصده لملكها وجهان) المحرر (٣٧١/١).

(٥) ذكره صاحب المحرر فقال: - (ويجب تعريف لقطة الحل والحرم على الفور - ثم أستطرد قائلا: - فإذا عرفها حولا ملكها)، المحرر (٣٧١/١).

(٦) ذكره صاحب الشرح مقدما فقال: (المشهور عن أحمد وفى المذهب أن لقطة الحرم والحل سواء). الشرح (٣٥٣/٦).

(٧) ذكر الإطلاق في المحرر فقال: (وعنه لا يملك لقطة الحرم بحال) وذلك بعد ما سواها فى الحكم مع لقطة الحل - المحرر (٣٧١/١).

قال فى الإنتصار: ونقل عنه ما يدل على أن اللقطة لا تملك مطلقًا.

قال الزركشي: قلت وهو غريب لا تفريع عليه، ولا عمل.

وعنه: يتملكها فقير غير ذوى القربى.

قال فى الفائق: وعنه لا يملك، لكن يأكله بعد الحول مع فقره. نقله حنبل وأنكره الخلال.

تنبيه: قدم المصنف: أن غير الأثمان كالأثمان. وهو إحدى الروايتين. وهو ظاهر كلام الخرقى.

قال فى عيون المسائل: هذا الصحيح من المذهب. وصححه الناظم. واختاره ابن أبى موسى، والمصنف، وغيرهما.

قال فى الفائق: وهو المختار.

قال ابن رزين: هذا الأظهر.

وقدمه فى الكافى(١)، والمحرر(٢)، والشرح(٣)، والفروع، وغيرهم. وجزم به فى العمدة، والوجيز، والمنور.

﴿وَعنِ الإمَامِ أَحْمَدَ: لاَ يَملكُ إِلاّ الأَثْمَانَ. وَهِى ظَاهِرُ المذهبِ﴾.

وكذا قال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والفائق، وغيرهم.

قال فى الرعاية الكبرى: هذا أشهر.

قال فى الخلاصة، والرعاية الصغرى: تملك الأثمان. ولا تملك العروض على الأصح. انتهيا.

واختاره أبو بكر، والقاضى، وابن عقيل وغيرهم.

قال المصنف(٤)، والشارح، والحارثى، وصاحب الفروع: اختاره أكثر الأصحاب.

قال القاضى: نص عليه فى رواية الجماعة. وقدمه فى الرعاية، والحاوى الصغير، والفائق، وغيرهم. وجزم به ناظم المفردات. فقال:

---

(١) ذكره فى الكافى مقدما فقال: - (وما حاز التقاطه ووجب تعريفة ملك به نص عليه أحمد رضى الله عنه) الكافى (١٩٨/٢).

(٢) ذكره فى المحرر مقدما، المحرر (٣٧١/١).

(٣) ذكره أيضا فى الشرح مقدما فقال: (كل ما حاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه أثمانا كان أو غيرها وروى ذلك عن أحمد) الشرح (٣٥٠/٦).

(٤) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتمامه المغنى (٣٣٠/٦) وذكره أيضا فى الكافى (١٩٩/٢).

ملتقط الأثمان مذ عَرفَّها   حولا فقهر ذا الغِنىَ يملكها

قال الزركشي: وعنه ـ وهي المشهورة في النقل والمذهب عند عامة الأصحاب: أن الشاة ونحوها تملك دون العروض. انتهى.

قوله: ﴿وَهَل لَهُ الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا؟ عَلَى رِوَايَتيْن﴾.

يعنى على القول بأنه لا يملك غير الأثمان.

وعلى هذا، قال الأصحاب ــ القاضى، وابن عقيل، والسامرى، وصاحب التلخيص، وغيرهم ـ إن شاء سلم إلى الحاكم وبرئ. وإن شاء لم يسلم وعرفها أبدًا.

قال فى الفروع: وظاهر كلام جماعة: لا تدفع إليه. وهل له الصدقة بها؟ على روايتين.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والتلخيص، والمحرر(١)، والفائق، والمغنى(٢)، والشرح(٣)، وشرح ابن منجا، وشرح الحارثى هنا.

إحداهما: له الصدقة به بشرط الضمان. وهو المذهب.

قال الخلال: كل من روى عن الإمام أحمد رحمه الله روى عنه: أنه يعرفها سنة ويتصدق بها.

قال فى الفائق: هو المنصوص أخيرًا. وقدمه فى المستوعب، والفروع

قال فى القاعدة السادسة بعد المائة: يتصدق عنه، على الصحيح من المذهب.

والرواية الثانية: ليس له ذلك. بل يعرفها أبدًا. نقله عنه طاهر بن محمد.

واختاره أبو بكر فى زاد المسافر، وابن عقيل. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

قال الحارثى، فى الغصب عند قوله: «وإن بقيت فى يده غصوب» والمذهب أنه لا يتصدق. انتهى.

لكن قال الخلال: هذا قول قديم رجع عنه، وكل من روى عنه روى عنه: أنه

---

(١) قال فى المحرر: (وعنه لا تملك سوى الأثمان بحال وله الصدقة بها بشرط الضمان على روايتين) المحرر (٣٧١/١).

(٢) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: – (هل له أن يتصدق بها على روايتين) المغنى (٣٣٠/٦).

(٣) ذكر الإطلاق فى الشرح وذكر توجيه الروايتين (فقال: أحدهما: يجوز كما تجوز الصدقة بالغصوب التى لا يعرف أربابها – والثانية: – لا يجوز لأنه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها) – الشرح (٣٥٠/٦).

يعرفها سنة، ويتصدق بها.

وذكر أبو الخطاب رواية: أنه إن كان يسيرًا باعه وتصدق به. وإن كان كثيرًا: رفعه إلى السلطان. وقال: نقله مهنا. ورده المجد. ذكره فى القاعدة السابعة والتسعين.

وتقدمت هذه المسألة فى كلام المصنف ونظائرها فى أواخر الغصب، عند قوله: «وإن بقيت فى يده غصوب لا يعرف أربابها».

تنبيه: تلخص لنا مما تقدم فى هذه المسألة: أن الصحيح من المذهب: أن اللقطة تدخل فى ملكه قهرًا، كالميراث، حيث قلنا: «تملك» وأن الصحيح من المذهب: التسوية بين لقطة الحرم وغيرها".

وأن أكثر الأصحاب قالوا: لا يملك غير الأثمان. وهو المشهور عنه. وهو المذهب.

لكن على المصطلح الذى تقدم فى الخطبة: يكون المذهب الملك فى الكل قهرًا.

فائدة: قال فى الفروع: يتوجه الروايتان المتقدمتان اللتان فى الصدقة فى غير الأثمان: أن يأتيا فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يعرف ربه.٠

فائدتان

إحداهما: لو التقط اثنان، وعَرَّفَا: ملكاها(١).

وعلى القول بالاختيار: لو اختار أحدهما فقط: ملك النصف، ولاشىء لصاحبه.

الثانية: لو رأى اللقطة اثنان. فقال أحدهما للآخر: هاتها. فأخذها لنفسه. فهى للآخذ. وإن أخذها للآمر، فهى له ـ أعنى للآمر ـ كما فى التوكيل فى الاصطياد. ذكر ذلك المصنف(٢) وغيره.

قوله: ﴿وَلاَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِى اللُّقَطَةِ حَتَى يَعرِفَ وِعَاءَهَا، وَوِكَاءَهَا وَقَدْرَهَا، وَجِنْسَهَا، وَصِفَتَهَا. وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ وُجْدَانِهَا﴾.

الأولى: معرفة ذلك عند التقاطها.

وإن أخر معرفة ذلك إلى مجئ صاحبها جاز.

فإن لم يجئ ـ وأراد التصرف فيها بعد الحول ـ لم يجز حتى يعرف صفتها.

وكذلك إن أراد خلطها بماله على وجه لا تتميز.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: – (فإن التقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعا وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر) المغنى (٣٢٨/٦).

(٢) ذكره المصنف بنصه وتمامه فى المغنى – انظر المغنى (٣٢٨/٥).

وقال فى المغنى(١): تجب حالة الأخذ وجوبًا موسعًا، وحالة إرادة التصرف وجوبًا مضيقًا.

فائدة: «الوعاء» هو ظرفها، و«الوكاء» هو الخيط الذى تشد به. و«العفاص»

قال فى المستوعب: هو الشد، والعقد. وقيل: هو صمام القارورة.

وذكر ابن عقيل فى التذكرة: أنه الصرة. وهو ظرفها.

قال الزركشى: هو الوعاء الذى تكون فيه، من خرقة أو غيرها.

قال فى الرعاية الكبرى: «الوكاء» ما يشد به. و«العفاص» هو صفة شده وعقده.

وقيل: بل سدادة القارورة. وقيل: بل الوعاء. انتهى.

قال الحارثى: «العفاص» مقول على الوعاء. وورد: «احفظ عفاصها ووعاءها» و«العفاص» فى هذه الرواية: صمام القارورة، أى الجلد المجعول على رأسها يقال عليه أيضًا. فيتعرف الوعاء: كيسًا هو أو غير ذلك. وهل هو من خرق أو جلود أو ورق؟.

وقال ابن عقيل، ويتعرف: هل هو إبريسم، أو كتان؟

وإن كان ثيابًا: تعرف لفائفها. أو ما ثمًا تعرف ظرفه: خلاف، أو خشب أو جلد.

ويتعرف «الوكاء» وهو ما يربط به: سير، أم خيط، أم شرابة؟

قال القاضى، وابن عقيل وغيرهما: ويتعرف الربط هل هو عقدة أو عقدتان وأنشوطة أو غيرها؟.

قوله: ﴿وَالإِشْهَادُ عَلَيْهَا﴾.

يعنى يستحب الإشهاد عليها. ويكونان عدلين. وهذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب.

قال الحارثى: قاله كثير من الأصحاب.

قال الزركشى: هو المشهور. وجزم به فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم. ونصره المصنف(٢)، والشارح، وغيرهما. وقدمه فى المستوعب، والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقيل: يجب الإشهاد. واختاره أبو بكر فى التنبيه، وابن أبى موسى.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٦/٣٣٤).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى فقال: (لقول رسول الله ﷺ : «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل» وهذا على سبيل الاستحباب قال أحمد رحمة الله: لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب وإن لم يشهد عليها لا ضمان عليه) المغنى (٦/٣٣٥).

قال الحارثى: وهو الصحيح.

قال فى الفائق: وهو المنصوص.

تنبيه: يكون الإشهاد عليها، لا على صفتها. على الصحيح من المذهب.

وقيل: يكون عليها وعلى صفتها. ويحتمله كلام المصنف.

قوله: ﴿فَمَتَي جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا: لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ﴾.

يعنى: من غير بينة ولا يمين. بلا نزاع. وسواء غلب على ظنه صدقه أولا؟ على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وجزم به فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثى، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفائق، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقيل: لا يدفعها إليه إذا وصفها إلا مع ظن صدقه. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

وقال فى المبهج، والتبصرة: جاز الدفع.

ونقل ابن هانئ، ويوسف بن موسى: لا بأس به.

تنبيه: محل الخلاف فيما إذا وصفها فقط.

أما إذا قامت له بينة بذلك: لزمه دفعها. وهو واضح.

فائدة: قال الحارثى: إذا قلنا بوجوب الدفع إذا وصفها. فقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، والقاسم بن الحسن بن الحداد ـ فى كتبهم الخلافية ـ إذا وصف العفاص والوكاء والعدد: لزمه الدفع. ونص عليه فى رواية ابن مشيش.

وقال أبو الفرج الشيرازى: إذا جاء بالصفة والوزن: جاز الدفع إليه.

قوله: ﴿وَزِيَادَتُهَا الْمُنْفَصِلَةُ لِمَالِكِهَا قبل الحَوْلِ، وَلِوَاجِدِهَا بَعْدَهُ. فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ﴾.

---

(١) ذكره بنصه فى المغنى واستدل بقوله ﷺ: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه» ولم يذكر البينة فى شىء من الحديث ولو كانت شرطا للدفع لم يجز الإخلال به ولا أمر بالدفع بدونه ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبدا وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضى إلى تضييع أموال الناس، المغنى (٣٣٦/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى – الشرح (٣٥٦/٦).

وهو المذهب. وصححه فى المغنى[١]، والشرح[٢]، وشرح ابن منجا، والنظم، والرعايتين، والفائق، والفروع، وغيرهم. وقدمه فى الكافى[٣].

والوجه الثانى: تكون لصاحبها أيضًا. اختاره ابن أبى موسى. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير.

وهما روايتان فى الترغيب، والتلخيص.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر[٤]، وشرح الحارثى.

قال فى الهداية ـ وتبعه فى المستوعب، بعد أن أطلق الوجهين ـ بناء على الأب إذا استرجع العين الموهوبة.

وقال أبو الخطاب أيضًا، عن الوجه الثانى: بناء على المفلس.

وقال الحارثى: هما مبنيان على الخلاف فى مثله فى المبيع المرتجع من المفلس،والموهوب المرتجع من الولد. انتهى .قلت : أما الزيادة المنفصلة. فى العين الموهوبة إذا رجع فيها الأب: فإنها للولد. على الصحيح من المذهب. وعليه أكثر الأصحاب، على ما يأتى فى الهبة.

وأما الزيادة المنفصلة فى المبيع المأخوذ من المفلس: فالخلاف فيها قوى.

والمذهب: أنها للبائع.

واختار المصنف وغيره: أنها للمفلس على ما تقدم.

وأما الزيادة المتصلة: فهى لمالكها على كل حال.

قوله: ﴿وَإِنْ تَلَفَتْ، أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الحَوْلِ: لَمْ يَضْمَنْهَا﴾.

مراده: إذا لم يفرط فيها. لأنها أمانة فى يده.

---

(١) ذكره فى المغنى كما فى الشرح، المغنى (٣٣٩/٦).

(٢) ذكره فى الشرح فقال: (لأنها ملكه فإن وجدها زائدة بعد الحول أخذها بزيادتها المتصلة لأنها تتبع فى الرد بالعيب والإقالة فتتبعها فإن حدث بعد الحول بها نماء منفصل فهو للملتقط لأنه نماء ملكه فيميز لا يتبع فى الفسوخ فكان له كنماء المبيع إذا رد بعيب) الشرح (٣٥٨/٦).

(٣) ذكره المصنف فى الكافى (فقال: لأنها حدثت على ملكه فأشبه نماء المبيع فى يد المشترى فإن تلفت بعد تملكها ضمنها) الكافى (١٩٩/٢).

(٤) ذكر الإطلاق صاحب المحرر فقال:(وتسترد اللقطة بزيادتها إلا المنفصلة الحادثة بعد ملكها فإنها على وجهين) المحرر (٣٧٢/١).

﴿وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ: ضَمِنَهَا﴾. ولو لم يفرط.

هذا المذهب(١). وعليه الأصحاب. ونصروه.

وعنه: لا يضمنها إذا تلفت.

حكى ابن أبى موسى عن الإمام أحمد رحمه الله: أنه لَوَّح فى موضع: إذا أنفقها بعد الحول والتعريف: لم يضمنها. لحديث عياض بن عمار رضى الله عنه.

وقيل: لا يردها إن كانت باقية.

تنبيه: محل هذا: إذا قلنا يملكها بعد الحول.

فأما على القول بعدم الملك: فإنه لا يضمنها. إذا لم يفرط، بل حكمها حكم الحول الأول.

فوائد

الأولى: لو قال مالك اللقطة ـ بعد التلف ـ للملتقط: أخذتها لتذهب بها. وقال الملتقط: بل لأعرفها. فالقول قول الملتقط. ذكره المجد فى شرحه. نقله عنه الحارثى فى آخر الباب.

الثانية: إذا تصرف فى اللقطة بعد الحول، فإن كانت مثلية: ضمنها بمثلها. وإن لم تكن مثلية: ضمنها بقيمتها يوم عرف ربها. على الصحيح من المذهب. اختاره القاضى، وابن عبدوس، وغيرهما. وجزم به فى المحرر(٢)، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقيل: يضمنها بقيمتها يوم ملكها . قطع به ابن ابى موسى ،و صاحب االتلخيص. وصححه فى الفائق . وقدمه فى الرعايتين ،و الحاوى الصغير . وأطلقهما الحارثى فى شرحه. وقيل : يضنمها بقيمتها يوم غرم بدلها.

الثالثة: لو أدركها ربها بعد الحول مبيعةً، أو موهوبة. فليس له إلا البدل كما فى التلف، ولو أدركها فى زمن الخيار، فوجهان.

أصحهما: وجوب الفسخ، والرد إليه. قاله الحارثى. وجزم به فى الكافى(٣)، والرعاية.

---

(١) ذكره فى الشرح – فقال:(تثبت فى ذمته بكل حال لأنها دخلت فى ملكه وتلفت من ماله وسواء فرط أو لم يفرط) الشرح (٣٦٠/٦). والمغنى (٣٣٩/٦)، والمحرر (٣٧٢/١)، والكافى (١٩٩/٢). العمدة (٢٦١).

(٢) ذكره فى المحرر بنصه وتمامه، المحرر (٣٧٢/١).

(٣) ذكره فى الكافى بنصه ثم قال: – (لأنه يستحق العين وقد أمكن ردها إليه) الكافى (١٩٩/٢).

والوجه الثاني: عدم الوجوب. وهو قوى فى النظر. لأن الملك ينتقل إلى المشترى، زمن الخيار. على الصحيح من المذهب.

ولو كان عاد إليه بفسخ أو شراء، أو غير ذلك: أخذه المالك. قطع به الحارثى.

ولو أدركه مرهونا: ملك انتزاعه لقيام ملكه، وانتفاء إذنه فى الرهن. قاله الحارثى.

قلت: ويتوجه عدم الانتزاع. لتعلق حق المرتهن به.

والرابعة: تدخل اللقطة فى ملك الملتقط من غير عوض يثبت فى الذمة. وإنما يتجدد وجوب العوض بظهور المالك، كما يتجدد به زوال الملك عن العين. ذكره المصنف(١)، والشارح. وقدمه الحارثى، ونصره.

وقال القاضى: إنما يملك بعوض كالقرض.

ثم قال: إنما تجب القيمة بحضور المالك.

قال الحارثى: وهذا تناقض.

وقال ما قاله القاضى و كثير من أصحابه قاله الزركشى.

قوله: ﴿وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ: قُسِّمَتْ بَيْنَهُمَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وكذا قال فى المذهب. وصححه فى التصحيح.

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته. وقدمه فى الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر(٢)، والرعايتين، والنظم، والحاوى الصغير، والقواعد فى القاعدة الثامنة والتسعين.

وفى الأخرى يقرع بينهما. فمن قرع صاحبه: حلف وأخذها.

وهو المذهب.

قال الحارثى: والمذهب القرعه، ودفعها إلى القارع مع يمينه. نص عليه.

وذكره المصنف فى كتابيه.

وبه جزم القاضى، وابن عقيل. كما فى تداعى الوديعة.

قال الشارح: وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينًا فى يد غيرهما. انتهى.

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٣٢٨/٦).

(٢) ذكره صاحب المحرر مقدما فقال: (وإذا وصفها نفسان جعلت بينهما) المحرر (٣٧٢/١).

وجزم به في الوجيز. وقدمه في الكافي(١)، والمغني(٢). وصححه ابن رزين في شرحه، وقال: هذا أقيس.

قلت: وهو الصواب.

وأطلقهما في الفروع، والفائق، والقواعد الفقهية في القاعدة الستين بعد المائة.

تنبيه: محل هذا: إذا وصفاها معًا، أو وصفها الثاني قبل دفعها إلى الأول.

أما إذا وصفها واحد ودفعت إليه، ثم وصفها آخر: فإن الثاني لا يستحق شيئا. على الصحيح من المذهب. قطع به في المغني(٣)، والشرح(٤)، وشرح الحارثي، وغيرهم. وقدمه في الفروع، وغيره. وعليه الأصحاب.

وقال أبو يعلى الصغير: إن زاد في وصفها: احتمل تخريجه على بينة النتاج والنساج. فإن رجحنا به هناك رجحنا به هنا.

فائدتان

إحداهما: لو ادعاها كل واحد منهما، فوصفها أحدهما دون الآخر: حلف وأخذها. ذكره الأصحاب.

قال في الفروع: ومثله وصفه مغصوبا ومسروقًا. ذكره في عيون المسائل، والقاضي، وأصحابه، على قياس قوله: إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دَفْن الدار فمن وصفه فهو له.

وقيل: لا. كوديعة، وعارية، ورهن، وغيره. لأن اليد دليل الملك. ولا تتعذر البينة.

الثانية: يلزم مدعي اللقطة، مع صفتها: أن يقيم بينة بالتقاط العبد لها. على الصيحح من المذهب. لأن إقرار العبد لايصح فيما يعلق برقبته. صححه في المستوعب. وقدمه في الفروع، وغيره. وقيل: لا يلزمه

---

(١) قدمة في الكافي فقال: (أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه كما لو ادعى الوديعة اثنان) الكافي (٢/١٩٨).

(٢) ذكره أيضا مقدما كما في الكافي. ثم أضاف قائلا: (وهكذا إن أقاما بينتين أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت إليه) المغني (٦/٣٣٧).

(٣) ذكره في المغني كما في الشرح، المغني (٦/٣٣٨).

(٤) ذكره في الشرح فقال: فأما إن وصفها إنسان فأخذها ثم جاء آخر فوصفها وادعاها لم يستحق شيئا لأن الأول استحقها لوصفه إياها. وعدم المنازع فيها وثبتت يده عليها ولم يوجد ما يقتضي إقراعها منه فوجب إبقاؤها في يده كسائر ماله) الشرح (٦/٣٦٤).

قوله: ﴿وَإِنْ أَقَامَ آخرُ بَيِّنَةً: أَنَّهَا لَهُ. أَخَذَهَا مِنَ الوَاصِفِ. فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَهَا مَنْ شَاءَ مِنَ الوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ﴾. وهو الملتقط **﴿إِلاَّ أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ﴾.**

إن دفعها إلى الواصف بحكم حاكم، فلا ضمان عليه. قولا واحدًا.

وإن لم يكن بحكم حاكم. فقدم المصنف: أنه مخير بين تضمين الواصف والدافع. وهو أحد الوجهين.

قال الحارثى: هو قول كثير من الأصحاب.

قلت: منهم القاضى. ذكره فى القواعد. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢).

فإن ضمن الدافع رجع على الواصف، إلا أن يكون قد أقر له بالملك. قاله فى القواعد، وغيره.

وقيل: لايلزم الملتقط شىء، إذا قلنا بوجوب الدفع إليه. وهو تخريج فى المغنى(٣)، والشرح(٤)، وهو المذهب.

قال الحارثى: وهو الصحيح. لأنه فعل ما أمر به، ولا مندوحة عنه. كما لو كان بقضاء قاض. وقدمه فى المحرر(٥)، والرعاية، والفروع. وإليه ميل المصنف، والشارح.

تنبيه: قوله: ﴿وَمَتَى ضَمَّنَ الدَّافِعَ: رَجِعَ عَلَى الوَاصِفِ﴾.

مراده: إذا لم يعترف له بالملك.

فأما إن اعترف له بالملك: فإنه لا يرجع عليه ألبته.

قوله: ﴿وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الملتقط غنيًا أو فقيرًا، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا، عَدْلاً أَوْ فَاسِقًا. يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا﴾.

---

(١) ذكره فى المغنى فقال: - (لأنه دفع مال غيره إلى غير مستحقه اختيارا منه فضمنه كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكها إذا غلب على ظنه أنه مالكها) المغنى (٣٣٨/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٦٣/٦).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: (لا يرجع عليه لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها وإن صاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يرجع به على غير من ظلمه) المغنى (٣٣٨/٦).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٦٣/٣).

(٥) ذكره فى المحرر (٣٧٢/١).

وهذا المذهب. جزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والرعاية الصغرى، والحاوى الصغير، والفروع.

قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

قال في الخلاصة: فإن كان الفاسق لا يؤمن على تعريفها: ضم إليه أمين. انتهى.

وقيل: يضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها.

وقطع به القاضي، وابن عقيل، وأبو الحسن بن البنا، وأبو الفرج الشيرازي، والمصنف في المغني(١)، والكافي(٢)، وصاحب المحرر(٣).

وقال في الفائق: ويضم إلى الفاسق أمين في أصح الوجهين. وقدمه الحارثي.

قال المصنف في المغني(٤)، والشارح: وإن علم الحاكم أو السلطان بها: أقرها في يده، وضم إليه مشرفا يشرف عليه. ويتولى تعريفها.

وقيل: يضم إلى الذمي عدل.

قال في المغني(٥)، والشرح(٦): إن علم بها الحاكم أقرها في يده. وضم إليه مشرفاً عدلا يشرف عليه، ويعرفها.

قال الحارثي: ولابد من مشرف يشرف عليه.

وقيل: تُنزع لقطة الذمي من يده، وتوضع على يد عدل. وهو احتمال في المغني(٧) والشرح(٨).

قوله: ﴿وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِيٌّ، أَوْ سَفِيهٌ: قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا. فَإِذَا عَرَّفَهَا فَهِيَ لِوَاجِدِهَا﴾.

وكذا المجنون. قاله في المغني(٩) والشرح(١٠)، والمنتخب، والترغيب، والتبصرة والحارثي، وغيرهم.

---

(١) ذكره في المغني (٣٦٢/٦).
(٢) ذكر المصنف أيضا في الكافي (٢٠٢/٢).
(٣) ذكره أيضا في المحرر (٣٧٢/١).
(٤) ذكره في المغني بنصه وتمامه، المغني (٣٦٢/٦).
(٥) ذكره في المغني (٣٦٢/٦).
(٦) ذكره أيضا في الشرح (٣٦٩/٦).
(٧) ذكر الاحتمال فعلا صاحب المغني فقال: (فيحتمل أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل لأنه غير مأمون عليها) المغني (٣٦٢/٦).
(٨) ذكر الاحتمال صاحب الشرح كما في المغني (٣٦٨/٦).
(٩) ذكره في المغني فقال: (إذا التقط الصبي والمجنون والسفيه لقطة تثبت يده عليها لعموم الأخبار ولأن هذا تكسب فصح منه كالاصطياد والاحتطاب) المغني (٣٥٩/٦).
(١٠) ذكره في الشرح كما في المغني - الشرح (٣٦٩/٦).

فائدتان

إحداهما: قال الأصحاب: يضمن الولى إن أبقاها بيد الصبى بعد علمه. وإن تلفت فى يد أحدهما بغير تفريط: فلا ضمان عليه. وإن تلفت بتفريطه: ضمنها فى ماله. نص عليه فى صبى كإتلافه. وجزم به فى المغنى(1)، والشرح(2). وقدمه فى الفروع وغيره. وفى المنتخب وغيره: لا يضمن.

الثانية: لو كان الصبى مميزًا فعرف. قال الحارثى: فظاهر كلامه فى المغنى: عدم الإجزاء.

والأظهر الإجزاء. لأنه يعقل التعريف. فالمقصود حاصل. واقتصر على كلامهما فى القواعد الأصولية.

قوله: ﴿وَإِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ فَلِسَيِّدِهِ أَخْذُهَا مِنْهُ وَتَرْكُهَا مَعَهُ. وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِذَا كَانَ عَدْلاً﴾.

للعبد أن يلتقط، وأن يعرفها مطلقا. على الصحيح من المذهب.

قال فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع: له ذلك فى الأصح.

وجزم به فى المغنى(3)، والكافى(4)، والشرح(5).

قال الزركشى: يصح التقاطه على المذهب. وقدمه فى المستوعب، والفائق، وشرح الحارثى.

وقيل: ليس له ذلك بغير إذن السيد. اختاره أبو بكر. وهو رواية ذكرها الزركشى، وغيره. وجزم به فى البلغة.

قال الحارثى: وعن أبى بكر: يتوقف التقاطه على إذن السيد. ذكره السامرى، أخذا من قوله فى التنبيه: «إذا التقط العبد فضاعت منه أو أتلفها: ضمنها».

---

(1) ذكره فى المغنى قال (إذا علم بها وليه لزمه أخذها لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة فإن تركها فى يده ضمنها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبى هذا يتعلق به حقه فإذا تركها فى يده كان مضيعا لها) المغنى (٣٥٩/٦).

(2) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٦٩/٦).

(3) ذكره فى المغنى / فقال: - يجوز لعموم الخبر ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبى ويصح منه فصح من العبد كالاحتطاب والاصطياد ولأن من جاز له قبول الوديعة صح منه الالتقاط كالحر) المغنى (٣٦٠/٦).

(4) ذكره أيضا فى الكافى كما فى المغنى، الكافى (٢٠٢/٢).

(5) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٧١/٦).

قال: فسوى بين الإتلاف والضياع. لم يفرق بين الحول وبعده. فدل على عدم الصحة بدون إذن.

قال الحارثي: وفي استنباط السامري نظر.

قوله: ﴿فَإِنْ أَتْلَفَهَا قَبْلَ الحَوْلِ: فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ﴾. بلا نزاع: ﴿وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ: فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ﴾.

هذا أحد القولين. نص عليه. وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب والخلاصة، والتلخيص، وشرح ابن منجا، ومنتخب الأدمي، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

قال في تجريد العناية: إذا أتلفها بعد الحول. ففي ذمته. على الأظهر.

ويأتي كلام الزركشي على هذا القول.

وقيل: إن أتلفها بعد الحول، فإن قلنا يملكها: فهي في ذمته. وإن قلنا لا يملكها: فهي في رقبته.

هذا المذهب على ما يأتي.

واعلم أن العبد: هل يحصل له الملك من غير تمليك سيده أم لا؟ فيه خلاف سبق في أول كتاب الزكاة عند الفوائد التي ذكرت هناك.

فمتى أتلفها، أو فرط حتى تلفت، فإن كان قبل الحول: فهي في رقبته. نص عليه. وعلى السيد الفداء أو التسليم.

وإن كان بعده. فإن قلنا يمكلها: فهي في ذمته. وإن قلنا لا يملكها: فهي في رقبته. هذا المذهب. نص عليه. وجزم به في المغني(١)، والمحرر(٢)، والنظم. وقدمه في الشرح(٣)، والفروع.

قال الحارثي: وهذا إنما يتجه على تقدير أن السيد لم يملك. لكونه لم يتملك استنادا إلى توقف الملك على التملك. وفيه بعد.

وقال في الشرح(٤) أيضا: ويصلح أن ينبني على استدانة العبد: هل تتعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين.

---

(١) ذكره صاحب المغني (٣٦٠/٦).
(٢) ذكره أيضا في المحرر (٣٧٢/١).
(٣) ذكره أيضا صاحب الشرح (٣٧٢/٦).
(٤) ذكره في الشرح بنصه وتمامه، الشرح (٣٧٢/٦).

قال الحارثى: وهو تخريج حسن، لشبه الغرم بعد الإنفاق بأداء المقترض.

وقال أبو بكر فى زاد المسافر: لأبى عبد الله فى ضمان ما أتلفه العبد قولان، أى روايتان.

إحداهما: فى رقبته كالجناية.

والأخرى: فى ذمته. وبالأول أقول.

قال السامرى: ولم يفرق قبل الحول وبعده.

وقال ابن عقيل: لايتجه الفرق فى التعلق بالرقبة بين ما قبل الحول وبعده.

قال الحارثى: وهذا ضعيف جدا. انتهى.

وقال الزركشى ـ عن كلام المصنف هنا، ومن تابعه: كلامهم متوجه، إن قلنا: إن العبد يملك. وإن قلنا: الملك للسيد ـ كما صرح به أبو محمد، واقتضاه كلام صاحب التلخيص وغيره: فالجناية على مال السيد. فلا تتعلق بذمته، ولا برقبته، بل الذى ينبغى: أن تتعلق بذمة السيد. وإن قيل: إن العبد لايملك ولا السيد: تعين التعلق برقبته، كجنايته. انتهى.

وقال فى الكافى(١): وإن أتلفها العبد. فحكم ذلك حكم جنايته. انتهى.

ونقل ابن منصور: جنايته فى رقبته. وإن خرق ثوب رجل: فهو دين عليه.

قوله: ﴿وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ﴾. بلا نزاع.

والمدبر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد: كالعبد بلا نزاع أيضا.

قوله: ﴿وَمَنْ بَعْضُهُ حَرٌّ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنِ سَيِّدِهِ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَايَأَةٌ. فَهَلْ تَدْخُلُ فِي المهَايَأَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والشرح(٢)، وشرح ابن منجا، والحارثى، والفائق.

أحدهما: لا تدخل فى المهايأة، بل تكون بينه وبين سيده. وهو المذهب. صححه

---

(١) ذكره المصنف في الكافى بنصه وتمامه، الكافى (٢/٢٠٢).

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح فقال: (وإن كان بينهما مهايأة لم تدخل فى المهايأة فى أحد الوجهين لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن فلم يدخل فى المهايأة كالإرث. فعلى هذا يكون بينهما – والثانى: – يدخل فى المهايأة لأنها من كسبه أشبهت سائر أكسابه فيكون لمن يوجد فى يومه) الشرح (٦/٣٧٢).

في التصحيح. وقدمه في المحرر(١)، والرعايتين، والفروع، والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: تدخل في المهايأة، فإذا وجدها في نوبة أحدهما: فهي له. جزم به في الوجيز. وقدمه في الخلاصة، وتجريد العناية.

فائدة: وكذا الحكم في النادر: من كسب المعتق بعضه، كالهبة، والهدية، والوصية، ونحوها. خلافا ومذهبا.

تنبيه: الخلاف هنا: مبنى على الخلاف في دخول نوادر الأكساب. كالوصية، والهدية، ونحوهما، والركاز. قاله الحارثي.

فوائد

منها: لو وجد لقطة في غير طريق مَأْتِيٍ: فهي لقطة. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفائق.

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: أنه كالركاز.

واختاره في الفائق. وجعله في الفروع: توجيها له.

ومنها: لو أخذ متاعه، أو ثوبه، وترك له بدله، فالصحيح من المذهب: أنه لقطة. نص عليه في رواية ابن القاسم، وابن بختان.

وجزم به في الوجيز، وغيره. وقدمه في المغني(٢)، والشرح(٣)، وشرح الحارثي، وابن رزين، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة. وهو احتمال للمصنف.

قلت: وهو عين الصواب.

قال الحارثي: وهذا حسن.

وقال: قد يقال فيه بمعنى مسألة الظفر.

---

(١) قطع به في المحرر (٣٧٢/١).

(٢) ذكره في المغني مقدما فقال: - لم يملكه بذلك قال أبو عبد الله: فمن سرقت ثيابه ووجد غيرها: لم يأخذها فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها - لأن سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة) المغني (٣٤٦/٦).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٣٣٥/٦).

ومذهب الإمام أحمد رحمه الله: منع الأخذ فيها.

فعليها: هل يتصدق به بعد تعريفه؟

إن قلنا: يعرفه، أو يأخذ حقه بنفسه، أو بإذن حاكم: فيه أوجه.

وأطلقهن فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثى، والفروع، والفائق، وتجريد العناية.

قال المصنف(٣)، وتابعه الشارح: القول بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرفق بالناس.

قال الحارثى: وهذا قوى على أصل من يرى أن العقد لايتوقف على اللفظ

أما على التوقف: فلا يكتفى بمثل هذا.

قال: وبالجملة: فالأظهر الجواز، رجحه المصنف.

ومنها: لو وجد فى جوف حيوان درة، أونقدا: فهو لقطة لواجده. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، وشرح الحارثى، وصححه.

ونقل ابن منصور: تكون لقطة للبائع إن ادعاه، إلا أن يدعى المشترى: أنه أكله عنده. فهو له.

فأما إن كانت الدرة غير مثقوبة فى السمكة: فهى للصياد. لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها.

ومنها: لو وجد لقطة بدار الحرب، وهو فى الجيش: عرفها. ثم وضعها فى المغنم. نص عليه(٤).

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: (وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه. أحدها: أنه يتصدق به : والثانى: أن يباح له أخذها لأن صاحبها فى الظاهر تركها له باذلا إياها له عوضا عما أخذه فصار كالمبيع له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنسانا على أخذ ثوبه ودفع إليه درهما . والثالث: أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها عوضا عن ماله) المغنى (٣٤٦/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٣٥/٦).

(٣) رجحه نعلا وقطع به المصنف فى المغنى فقال: (والوجه الثانى: أقرب إلى الرفق بالناس لأن فيه نفعا لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعا للسارق بالتخفيف عنه من الإثم وحفظا للثياب المتروكه من الضياع) المغنى (٣٤٧/٦).

(٤) ذكر المصنف فى المغنى ما نص عليه الإمام أحمد (فقال: أحمد يعرفها سنة فى دار الإسلام ثم يطرحها فى المقسم إنما عرفها فى دار الإسلام لأن أموال أهل الحرب مباحة) المغنى (٣٤٨/٦). والشرح (٣٣٧/٦).

وإن كان دخل بأمان عرفها، ثم هي له. إلا أن يكون في جيش، فهي كالتي قبلها.

وإن دخل متلصصا. عرفها، ثم هي كالغنيمة. على الصحيح من المذهب.

ويحتمل أن تكون له من غير تعريف. ذكره المصنف.

قلت: وهذا هو الصواب. وكيف يعرف ذلك؟

ومنها: مؤنة رد اللقطة على ربها. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع. وقاله القاضي في التعليق، وأبو الخطاب في الإنتصار، لتبرعه.

ومعناه في شرح المجد: في عدم سقوط الزكاة بتلف المال قبل التمكن.

وقال في الترغيب، والرعاية: مؤنة الرد على الملتقط.

ومنها: ضمانها بموته، كالوديعة.

وقيل: به بعد الحول. ووارثه كهو.

ومنها: الالتقاط: يشتمل على أمانة واكتساب.

قال الحارثي: وللناس خلاف في المغلب منهما. منهم من قال: الكسب. ووجه بأنه مآل الأمر.

ومنهم من قال: الأمانة. وهو الصحيح. لأن المقصود إيصال الشئ إلى أهله. ولأجله شرع الحفظ والتعريف أولا، والملك آخرًا، عند ضعف الترجي للمالك.

ومنها: لو استيقظ فوجد في ثوبه دراهم، لا يعلم من صرَّها: فهي له. ولا تعريف.

وللإمام أحمد رحمه الله: نص يوجب التعريف، وينفي الملك.

ومنها: لو ألقت الريح إلى داره ثوب إنسان. فإن جهل المالك: فلقطة. فإن علمه: دفعه إليه. فإن لم يفعل: ضمن بحبس مال الغير، من غير إذن ولا تعريف.

ومنها: لو سقط طائر في داره. فقال في المغني: لا يلزمه حفظه، ولا إعلام صاحبه. لأنه محفوظ بنفسه. وهذا ما لم ينقطع عنه.

أما إن انقطع: وجب حفظه والدفع إليه. لأنه ضائع عنه.

* * *

باب اللقيط

فائدة: قوله: ﴿وَهُوَ الطِّفْلُ المنْبُوذُ(١)﴾.

قال الحارثى: تعريف«اللقيط» بالمنبوذ، يحتاج إلى إضمار، لتضاد مابين اللَّقِط والنَّبِذ، كما بين.

ومع هذا فليس جامعا. لأن الطفل قد يكون ضائعا. لا منبوذًا.

ومنهم: من عرف بأنه الضائع، وفيه ما فيه.

وقال فى الرعايتين، والوجيز: هو كل طفل نبذ، أو ضل.

تنبيه: قوله: ﴿وَهُوَ الطِّفْلُ﴾.

يعنى: فى الواقع وفى الغالب. وإلا فهو لقيط إلى سن التمييز فقط. على الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، والرعاية الكبرى، والحارثى.

وقيل: والمميز أيضا إلى البلوغ.

قال فى الفائق: وهو المشهور.

قال الزركشى: هذا المذهب.

قال فى التلخيص: والمختار عند أصحابنا: أن المميز يكون لقيطا. لأنهم قالوا: إذا التقط رجل وامرأة معا من له أكثر من سبع سنين: أقرع بينهما، ولم يخير، بخلاف الأبوين.

قوله: ﴿وَهُوَ حُرٌّ﴾.

يعنى فى جميع أحكامه. هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى المغنى(٢)، والشرح(٣)، وشرح الحارثى، والفائق، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقيل: إلا فى القود. ومثله دعوى قاذفة رِقَّه على ما يأتى.

فائدة: يستحب للملتقط الإشهاد عليه ما معه. على الصحيح من المذهب.

---

(١) عرفة فى المغنى فقال: (اللقيط هو الطفل المنبوذ. واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول) المغنى (٣٧٤/٦) وعرفه بنفس التعريف صاحب الشرح (٣٧٤/٦) وكذلك عرفة فى الكافى (٣٠٢/٢). وكذلك عرفة فى العمدة (٢٦٢).

(٢) قطع به المصنف فى المغنى وذكره إجماعا على قول ابن المنذر – المغنى (٣٧٤/٦).

(٣) وكذلك قطع به فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٧٤/٦).

وقيل: يجب. وتقدم نظيره فى اللقطة.

تنبيه: قوله: ﴿يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ﴾. بلا نزاع.

لكن إن تعذر: اقترض الحاكم عليه. قاله الحارثى.

فإن تعذر: فعلى من علم حاله الإنفاق فهى فرض كفاية ، كالتقاطه . وهذا الإنفاق يجب مجانا عند القاضى وجماعة. منهم: صاحب المستوعب، والتلخيص. واختاره صاحب الموجز، والتبصرة. وقالا: له أن ينفق عليه من الزكاة. وقدمه فى الرعاية.

قال الحارثى: وهو أصح.

وقال: وكلام المصنف فى المغنى(١) يقتضى ثبوت العوض للمنفق إن اقترن بالإنفاق قصد الرجوع. وقدمه فى الفروع. لأنه جعل الإنفاق عليه بنية الرجوع. كمن أدى حقا واجبًا عن غيره. على ما تقدم فى باب الضمان.

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين: نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين فيمن أدى حقاً واجبًا عن غيره، على ما تقدم فى باب الضمان.

ومنهم من قال: يرجع هنا. قولا واحدا. أو إليه ميل صاحب المغنى(٢). لأن له ولاية على اللقيط.

ونص الإمام أحمد رحمه الله: أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال. انتهى.

وقال الناظم: إن نوى الرجوع واستأذن الحاكم: رجع على الطفل بعد الرشد، وإلا رجع على بيت المال.

قال الحارثى: وناقض السامرى، وصاحب التلخيص. فقالا: بعد تعذر الاقتراض على بيت المال، وامتناع من وجب عليه الإنفاق مطلقا إذا أنفق الملتقط رجع على اللقيط، فى إحدى الروايتين.

والأخرى: لا يرجع ما لم يكن الحاكم أذن له فى الإنفاق. زاد فى التلخيص. والأصح أنه يرجع. انتهى.

قال الحارثى: والوجوب مجانا واستحقاق العوض لا يجتمعان. وإنما ذلك ـ والله

---

(١) ذكره فى المغنى – فقال: (وإن لم يتبرع بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم الملتقط لأنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه) المغنى (٣٨٠/٦).

(٢) انظر المغنى (٣٨٠/٦).

أعلم - ما إذا كان للقيط مال تعذر إنفاقه لمانع، أو ينتظر حصوله من وقف، أو غيره.

قوله: ﴿وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ﴾. بلا نزاع: ﴿إِلاّ أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الكُفَّارِ، وَلاَ مُسْلِم فِيهِ. فَيَكُون كَافِرًا﴾.

وهذا المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الحارثي: فالمذهب عند الأصحاب: الحكم بكفره. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى(١)، والمحرر(٢)، والشرح(٣)، وشرح الحارثى، والفروع، والفائق وغيرهم.

قال المصنف(٤) والشارح: وقال القاضى: يحكم بإسلامه أيضا. لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه.

قال الحارثي: وحكى صاحب المحرر(٥) وجها بأنه مسلم. اعتبارا بفقد أبويه.

فائدة: لو كان فى دار الإسلام بلدٌ كلٌّ أهلها أهل ذمة، ووجد فيها لقيط: حكم بكفره. وإن كان فيها مسلم حكم بإسلامه. قولا واحدا فيهما، عند المصنف والشارح، وغيرهم.

وقيل: يحكم بإسلامه إذا كان كل أهلها أهل ذمة.

قال الحارثي: اختاره القاضى، وابن عقيل.

قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ: فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

يعنى: إذا كان فى بلد الكفار مسلم ولو واحدا. قاله فى التلخيص، وشرح الحارثى. وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(٦)، والشرح(٧)،

---

(١) ذكره فى المغنى بعد ما فصل وفرق بين دار الإسلام ودار الكفر وقسم دار الإسلام إلى قسمين وكذلك قسم بلد الكفار إلى قسمين) انظر المغنى (٣٧٥/٦).

(٢) ذكره صاحب المحرر فى أول باب اللقيط فقال: (اللقيط حر مسلم فى جميع أحكامه إلا أن يوجد فى بلد الكفر فإنه كافر) المحرر (٣٧٣/١).

(٣) ذكره فى الشرح كما فى المغنى - الشرح (٣٧٦/٦).

(٤) ذكر المصنف فى المغنى فقال: (قول القاضى: بأنه يحكم بإسلامه أيضا لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه) المغنى (٣٧٥/٦).

(٥) ذكره صاحب المحرر انظر المحرر (٣٧٣/١).

(٦) ذكر الإطلاق فى المغنى قال (إن كان فيه مسلم واحد حكم باسلام لقيطه وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر - وقال القاضى: يحكم باسلامه أيضا لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه) المغنى (٣٧٥/٦).

(٧) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٧٧/٦).

والرعايتين، والحاوى الصغير، وشرح الحارثى، والكافى(١)، وشرح ابن منجا.

أحدهما: يحكم بكفره. وهو المذهب. جزم به فى المنور. وقدمه فى المحرر(٢)، والفروع، والفائق.

والوجه الثانى: يحكم بإسلامه. جزم به فى الوجيز.

فائدتان

إحداهما: قال الحارثى: مثل الأصحاب فى المسلم هنا بالتاجر والأسير، واعتبروا إقامته زمنا ما حتى صرح فى التلخيص: أنه لا يكفى مروره مسافرًا.

وقال فى الرعاية: وإن كان فيها مسلم ساكن: فاللقيط مسلم.

الثانية. قال فى الفائق: لو كثر المسلمون فى بلد الكفار: فلقيطها مسلم.

وقاله: ابن عبدوس فى تذكرته، وصاحب الرعايتين، والحاوى الصغير وغيرهم.

ومثل مسألة الخلاف فى الرعاية بالمسلم الواحد.

قوله: ﴿وَمَا وُجِدَ مَعَهُ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ، أَوْ ثِيَابٍ، أَوْ مَالٍ فِي جَيْبِهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُود بِبَابِهِ: فَهُوَ لَه﴾. وهذا بلا نزاع.

وقال المصنف فى المغنى(٣)، والكافى(٤)، والشارح، وابن رزين فى شرحه، وغيرهم: وكذا لو كان مدفونا فى دار، أو خيمة تكون له.

وظاهر كلام المجد، وجماعة: خلافه.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مَدْفُوناً تَحْتَهُ﴾. يعنى: إذا كان الدفن طريا: ﴿أَوْ مَطْرُوحا قَرِيبًا مِنْه، فَعَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

ذكر المصنف هنا مسألتين.

إحداهما: إذا كان مدفونا تحته، والدفن طريا. فأطلق فيه وجهين.

وأطلقهما فى المذهب، والرعايتين، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير، وشرح

---

(١) ذكر الوجهين فى الكافى فقال: – أحدهما: هو كافر لأنه فى دارهم – والثانى: – هو مسلما تغليبا لإسلام المسلم الذى فيه) الكافى (٢٠٣/٢).

(٢) ذكره صاحب المحرر مقدما فقال: (إلا أن يوجد ببلد الكفر فإنه كافر) المحرر (٣٧٣/١).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، المغنى (٣٨١/٦).

(٤) ذكره فى الكافى فقال: (لأنه آدمى حر فما فى يده له كالبالغ) الكافى (٢٠٣/٢).

الحارثى، والشرح[١].

أحدهما: يكون له. وهو المذهب.

صححه فى التصحيح. وقطع به ابن عقيل، وصاحب الخلاصة، والمحرر[٢]، والوجيز، والمنور، وتذكرة ابن عبدوس.

قلت: وهو الصواب.

والوجه الثانى: لا يكون له. قدمه فى الهداية، والمستوعب، والكافى[٣]، والتلخيص، والنظم، وشرح ابن رزين. وهو المذهب. على المصطلح فى الخطبة.

وحكى فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق وجها: أنه له، ولو لم يكن الدفن طريا، وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وهو بعيد جدا.

ولم يذكره فى المغنى[٤]، والشرح[٥]، والفروع، وشرح الحارثى.

الثانية: إذا كان مطروحا قريبا منه. فأطلق المصنف فيه الوجهين.

وأطلقهما فى المذهب، والكافى[٦]، والشرح[٧]، وشرح الحارثى، وابن منجا والرعايتين، والحاوى الصغير، والفروع، والفائق، والنظم.

أحدهما: يكون له. وهو الصحيح من المذهب. صححه فى المغنى[٨]،

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب الشرح فقال: (أما المدفون تحته فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طريا فهو له وإلا فلا لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه وقيل ليس هو بحال لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، الشرح (٣٧٨/٦).

(٢) قطع به صاحب المحرر (٣٧٣/١).

(٣) قدمه فى الكافى فقال: (وكذلك المدفون تحته لأن البالغ لو جلس على دفين لم يكن له) الكافى (٢٠٣/٢).

(٤) لم يذكره فعلا صاحب المغنى انظر المغنى (٣٨٠/٦).

(٥) لم يذكره فعلا صاحب الشرح، انظر الشرح (٣٧٨/٦).

(٦) ذكر الإطلاق صاحب الكافى فقال: (ففيه وجهان: أحدهما: هو له إذ لم يكن هناك غيره – لأن الإنسان يترك ماله بقربه.– والثانى: – ليس هو له لأنه لايد له عليه). الكافى (٢٠٣/٢).

(٧) ذكر الوجهين أيضا صاحب الشرح فقال: ففيه وجهان. (أحدهما ليس له ذلك لأنه منفصل عنه كالبعيد – والثانى: – هو له ولأن الظاهر أنه ترك له فهو له فهوكالذى تحته ولأن القريب من البالغ يكون فى يده) الشرح (٣٧٨/٦).

(٨) ذكره وصححه المصنف فى المغنى ورجحه فقال: – والثانى: هو له وهو أصح لأن الظاهر أنه ترك له فهو له بمنزله ما هو تحته ولأن القريب من البالغ يكون فى يده ألا ترى أن الرجل يقعد فى السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه فى يده) المغنى (٣٨١/٦).

والشرح(١) والفائق، والتصحيح. وجزم به فى الخلاصة، والمحرر(٢)، والوجيز، والمنور.

والوجه الثانى: لا يكون له. قدمه فى الهداية، والمستوعب، والتلخيص، وشرح ابن رزين. واختاره ابن البنا.

ولنا قول ثالث فى أصل المسألتين بالفرق بين الملقى قريباً منه وبين المدفون تحته. فيكون الملقى القريب له دون المدفون تحته. قاله فى المجرد. وقطع به.

قال الحارثى: ويقتضيه إيراده فى المغنى(٣).

قلت: قدم فى الكافى(٤)، والنظم: أنه لا يملك المدفون.

وأطلق فى الملقى القريب الوجهين، كما تقدم.

قوله: ﴿وَلَهُ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به ابن حامد، والمصنف فى الكافى(٥) والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وعنه: ما يدلُّ على أنه لا ينفق إلا بإذنه.

وهو وجه فى شرح الحارثى. ورد هذه الرواية المجد فى شرحه. ذكره فى القواعد، والمصنف. نقله الزركشى.

وتقدم قريبا: إذا أنفق عليه من ماله ونوى الرجوع.

فوائد

منها: وكذا الحكم فى حفظ ماله. قطع به فى المغنى(٦)، وغيره.

وقال فى التلخيص: يحتمل اعتبار إذن الحاكم فيه.

ومنها: قبول الهبة، والوصية.

قال الحارثى: مقتضى قوله فى المغنى: أنه للملتقط.

---

(١) ذكره كما فى المغنى وقال: (وهذا أصح) الشرح (٣٧٨/٦).

(٢) قطع به فى المحرر (٣٧٣/٦).

(٣) راجع المغنى (٣٨١/٦).

(٤) ذكره فى الكافى مقدما فقال: (وإن كان قريبا مربوطا بغيره لم يكن له لأنه لا يد له عليه وكذلك المدفون تحته) الكافى (٢٠٣/٢).

(٥) قدره فى الكافى قال (ويجوز للولى الإنفاق عليه من غير إذن الحاكم لأنه ولى فملك ذلك كولى اليتيم) الكافى (٣٠٢/٢).

(٦) جزم به فى المغنى وعطفه فى الحاكم على الإنفاق عليه، المغنى (٣٨١/٦).

ومقتضى كلام صاحب التلخيص: أنه للحاكم.

قلت: كلام صاحب المغنى موافق لقواعد المذهب فى ذلك.

قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ فَاسِقا أَوْ رَقِيقا، أَوْ كَافِرا، وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ، أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فِـى الْمَوَاضِعِ، أَوْ وَجَدَهُ فِي الحَضَرِ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى البَادِيَةِ: لَم يَقِرْ فِي يَدِهِ﴾.

يشترط فى الملتقط: أن يكون عدلا. على الصحيح من المذهب.

وقد قال المصنف قبل ذلك: أولى الناس بحضانته: واجده إن كان أمينا.

اختاره القاضى، وقال: المذهب على ذلك. واختاره أبو الخطاب، وابن عقيل وغيرهم.

قال فى الفائق: وتشترط العدالة فى أصح الروايتين.

وجزم باشتراط الأمانة فى الملتقط فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

وقطع فى الوجيز، والمحرر(١)، وغيرهما: أنه لا يقر بيد فاسق.

وقدمه فى الكافى(٢)، والشرح(٣)، والنظم، والفروع، وغيرهم.

وقيل: يُقَر بيد الفاسق إذا كان أمينا. وقدمه فى الرعاية فى موضع، وابن رزين فـى شرحه. وهو ظاهر كلام الخرقى.

فإنه قال: وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا: منع من السفر به.

فظاهره: أنه إذا أقام به: كان أحق به، وإن كان فاسقا.

وأجراه صاحب التلخيص، والفروع، وغيرهما على ظاهره.

وقال المصنف، وتبعه الشارح على قولـه: ينبغـى أن يضـم إليـه مـن يشـرف عليـه، ويشهد عليه. ويشيع أمره، ليؤمن من التفريط فيه.

تنبيه: ظاهر قوله:«وإن كان فاسقا لم يقر فى يده» أن مستور الحال يقـر فـى يـده. وهو صحيح. وهو المذهب.

وجزم به فى المغنى(٤)، والشرح(٥)، وشرح الحارثى، والفائق، وغيرهم.

---

(١) جزم به فى المحرر فقال: - (ولا حضانه لفاسق) المحرر (٣٧٣/١).

(٢) قطع به فى الكافى فقال: (وإن التقطه فاسق نزع منه لأنه ليس فى حفظه إلا الولاية ولا ولاية لفاسـق) الكافى (٢٠٤/٢).

(٣) ذكره فى الشرح مقدما (فقال: لأن حفظه للولاية عليه ولا ولاية لفاسق) الشرح (٣٨٠/٦).

(٤) قطع به فى المغنى (فقال: أقر اللقيط فى يديه لأن حكمه حكـم العـدل فـى لقطـة المـال والولايـة فـى النكاح والشهادة منه وفى أكثر الأحكام ولأن الأصل فى المسلم العدالة) المغنى (٣٨٥/٦).

(٥) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٨٢/٦).

لكن لو أراد السفر به: فهل يقر بيده؟ فيه وجهان.

وأطلقهما في المغني(١)، والشرح(٢)، والنظم، والزركشي، وشرح الحارثي، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يقر بيده. جزم به في الكافي(٣). وقدمه ابن رزين في شرحه.

والثاني: يقر في يده.

وأما الرقيق: فليس له التقاطه إلا بإذن سيده. اللهم إلا أن لا يجد من يلتقطه فيجب التقاطه. لأنه تخليص له من الهلكة.

أما مع وجود من هو أهل للالتقاط: فقطع كثير من الأصحاب بمنعه من الأخذ. معللا بأنه لا يقر في يده، أو بأنه لا ولاية له.

قال الحارثي: وفيه نظر. فإن أخذ اللقيط قربة. فلا يختص بحر. وعدم الإقرار بيده دواما لا يمنع أخذه ابتداء.

فعلى المذهب: إن أذن له سيده: فهو نائبه. وليس له الرجوع في الإذن. قاله ابن عقيل.

واقتصر عليه في المغني(٤)، والشرح(٥)، وشرح الحارثي. وجزم به في الفروع.

فائدة: المدبر، وأم الولد، والمعلق عتقه: كالقن لقيام الرق. والمكاتب كذلك. قاله في المغني(٦)، والشرح(٧)، وشرح الحارثي.

ومن بعضه رقيق كذلك. لأنه لايتمكن من استكمال الحضانة.

وأما الكافر: فليس له التقاط المسلم، ولا يقر بيده. ومراده بالكافر هنا : الذمي ،

---

(١) ذكر الاطلاق صاحب المغني (فقال: فيه وجهان. أحدهما: - لا يقر في يديه لأنه لم يتحقق أمانته فلم تؤمن الخيانة منه. - والثاني: - يقر في يديه لأنه يقر في يديه في الحضر من غير مشرف يضم إليه فاشبه العدل ولأن الظاهر الستر والصيانة) - المغني (٣٨٦/٦).

(٢) ذكر الإطلاق في الشرح كما في المغني، الشرح (٣٨٢/٦).

(٣) قطع به في الكافي فقال: (فإن أرادا الملتقط السفر به وهو ممن لم تعتبر أمانته في الباطن نزع منه لأنه لا يؤمن أن يدعى رقه) الكافي (٢٠٤/٢).

(٤) ذكره المصنف في المغني فقال: (فإن أذن له أقر في يديه لأنه استعان به في ذلك فصار كما لو التقطه بيده وسلمه إليه قال ابن عقيل: إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك وصار كما لو التقطه) المغني (٣٨٧/٦).

(٥) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٣٨٢/٦).

(٦) عطف صاحب المغني الحكم على المدبر والمكاتب القن وأم الولد وقال لأنه ليس له التبرع بما له ولا بمنافعة إلا أن يأذن له سيده في ذلك) المغني (٣٨٧/٦).

(٧) وعطفه أيضا صاحب الشرح كما في المغني، الشرح (٣٨٣/٦).

وأن كان الحربى بطريق أولى .

تنبية : ظاهر كلام المصنف : أن الكافر إذا التقط من حكم بكفره :أنه يقر بيده، وهو صحيح. صرح به القاضى، وغيره من الأصحاب.

لكن لو التقطه مسلم وكافر. فقال الأصحاب: هما سواء. وهو المذهب.

وقيل: المسلم أحق. اختاره المصنف، والناظم.

قال الحارثى: وهو الصحيح بلا تردد.

ويأتى ذلك فى عموم كلام المصنف قريبًا.

فائدتان

إحداهما: يشترط فى الملتقط أيضا: أن يكون مكلفا. فلا يقر بيد صبى، ولا مجنون.

الثانية: يشترط الرشد. فلا يقر بيد السفيه. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية.

ثم قال، قلت: والسفيه كالفاسق. انتهى.

لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى ألاّ يكون وليا على غيره.

وظاهر كلام المصنف هنا، وصاحب المحرر(١) وغيرهما: أنه يقر بيده. لأنه أهل للأمانة والتربية.

قال الحارثى: وهذا أصح. وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع.

قلت: وهو الصواب.

وأما إذا التقطه البدوى الذى ينتقل فى المواضع، فجزم المصنف هنا: أنه لا يقر فى يده. وهو أحد الوجهين. وهو المذهب. وجزم به فى الوجيز، والمنور، وشرح ابن منجا.

قال الحارثى: هذا أقوى.

والوجه الثانى: يقر. قدمه ابن رزين.

قلت: وهو الصواب.

---

(١) ذكره فى المحرر (٣٧٣/١).

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(١)، والكافى(٢)، والشرح(٣)، والمحرر(٤)، والفروع، والفائق، والرعايتين، والحاوى الصغير، والنظم، وغيرهم. وقال فى الترغيب، والتلخيص: متى وجده فى فضاء خالٍ، فله نقله حيث شاء.

وأما إذا التقطه فى الحضر، فأراد نقله إلى البادية، فجزم المصنف: أنه لا يقر فى يده. وهو الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به الحارثى فى شرحه، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر(٥) وشرح ابن رزين، والوجيز، والزركشى، وغيرهم. وقدمه فى الفروع.

وقيل: يقر. وأطلقهما فى المغنى(٦) والشرح(٧).

وتقدم كلام صاحب الترغيب.

قوله: ﴿وَإِنْ الْتَقَطَهُ فِي الحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ النُّقْلَةَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، فَهَلْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ﴾.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(٨)، والمحرر(٩)،

---

(١) ذكر الوجهين فى المغنى فقال: (أحتمل أن يقر فى يده لأن الظاهر أنه ابن وإقراره فى يد ملتقطه ادعى لكشف نسبه، الاحتمال والثانى يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لأنه أرق له وأخف عليه) المغنى (٣٨٦/٦).
(٢) ذكر الوجهين فى الكافى كما فى المغنى، الكافى (٢٠٤/٢).
(٣) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٨٣/٦).
(٤) ذكر الاطلاق أيضا صاحب المحرر فقال: (فأما البدوى المتنقل فى المواضع فعلى وجهين) المحرر (٣٧٣/٢).
(٥) قطع به فى المحرر فقال:(وله السفر به من بدو إلى حضر وبالعكس لا يجوز) المحرر (٣٧٣/٢).
(٦) جزم المصنف فى المغنى بأنه لم يقر لوجهين – الأول: – أن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه وأرفه له والثانى: – أنه إذا وجد فى الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به) المغنى (٣٨٧/٦).
(٧) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٨٣/٦).
(٨) صرح بالإطلاق صاحب المغنى فقال: (ففيه وجهان أحدهما: – لا يقر فى يده ولأن بقاءه فى بلده أدعى لكشف نسبة فلم يقر فى يد المنتقل عنه قياسا على المنتقل به إلى الباديه – والثانى: – يقر فى يده لأن ولايته ثابتة والبلد الثانى كالأول فى الرفاهية فيقر فى يده كما لو انتقل من أحد جانبى البلد إلى الجانب الآخر وفارق المنتقل به إلى البادية لأنه يضر به بتفويت الرفاهه عليه) المغنى (٣٨٦/٦).
(٩) ذكر الإطلاق أيضا فى المحرر فقال: (وأما (أى التنقل) من حضر إلى حضر ففيه وجهان) المحرر (٣٧٣/١).

والشرح[١]، والفائق، وشرح الحارثى، وابن منجا، والرعايتين، والحاوى الصغير، والزركشى.

أحدهما: لا يقر فى يده. وهو الصحيح من المذهب. قدمه فى الفروع، وشرح ابن رزين.

والوجه الثانى: يقر. وهو ظاهر ما جزم به فى الوجيز. صححه الناظم، وصاحب التصحيح.

فوائد

إحداها: وكذا الحكم لو نقله من بلد إلى قرية، فيه الوجهان. قاله القاضى فى المجرد، وغيره.

الثانية: وكذا الحكم لو نقله من حِلّة إلى حلة.

تنبيه: يستثنى من هذه المسائل: لو كان البلد وئيبا ـ كغَوْر بَيسان ونحوه ـ فإنه يجوز النقل إلى البادية، لتعين المصلحة فى النقل. قاله الحارثى.

قلت: فيعايى بها.

الثالثة: حيث يقال بانتزاعه من الملتقط ـ فيما تقدم من المسائل ـ فإنما ذلك عند وجود الأولى به.

أما إذا لم يوجد فإقراره: بيده أولى كيف كان. لرجحانه بالسبق إليه.

قوله: ﴿وَإِنْ الْتَقَطَهُ اثْنَانِ، قُدِّمَ المَوسُر مِنْهُمَا عَلَى المعْسِرِ، وَالمقِيمُ عَلَى المُسَافِرِ﴾.

لا أعلم فيه خلافا. وظاهر كلامه: أن البلدى وضده، والكريم وضده. وظاهر العدالة وضده، فى ذلك على حد سواء. وهو كذلك. قدمه فى الفروع. وقاله القاضى، وابن عقيل.

وقال فى التلخيص، والترغيب: يقدم البلدى على ضده.

وقال فى المغنى[٢] ومن تبعه: وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر: ينبغى أن يقدم

---

(١) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/٣٨٤).

(٢) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه وكانت أصل المسألة فيمن التقطه اثنان مسلم فقير وكافر موسر فرجح قوم أن يكون للكافر حضانته لأنه أيسر فرد المصنف بهذا وقال المسلم أولى لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر ينبغى أن يقدم الجواد على البخيل لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التى يحصل له الحظ فيها باليسار وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده) المغنى (٦/٣٨٨).

الجواد على البخيل. انتهى.

وقيل: يقدم ظاهر العدالة على ضده. وهما احتمالان مطلقان فى المغنى[١]، والشرح[٢]. وأطلق الوجهين الحارثى.

فائدة: الشركة فى الالتقاط: أن يأخذاه جميعا، ولا اعتبار بالقيام المجرد عنده لأن الالتقاط حقيقة الأخذ. فلا يوجد بدونه، إلا أن يأخذه الغير بأمره. فالملتقط هو الآمر. لأن المباشر نائب عنه. فهو كاستنابته فى أخذ المباح.

تنبيه: دخل فى كلام المصنف: لو التقطه مسلم وكافر. وهو كذلك. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

وقيل: المسلم أولى. اختاره المصنف، والحارثى، والناظم، وغيرهم. وتقدم ذلك أيضا.

قوله: ﴿فَإِنْ تَشَاحَّا: أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا﴾.

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به أكثرهم. منهم صاحب المغنى[٣]، والشرح[٤]، والقواعد، والوجيز، وغيرهم. وقدمه فى الفروع، وشرح الحارثى.

وقيل: يسلمه الحاكم إلى من شاء منهما أو من غيرهما.

وقال الحارثى: ذكر صاحب المحرر[٥] فى باب الحضانة: أن الرقيق إذا كان بعضه حرًا تهايأ: فى حضانته سيده ونسيبه.

وحكى ذلك عن أبى بكر عبد العزيز.

قال: فيخرج هنا مثله. والمذهب الأول. انتهى.

---

(١) ذكر الإطلاق صاحب المغنى فقال: (فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة احتمل أن يرجح العدل لأن المانع من الالتقاط منتف فى حقه بغير شك والآخر مشكوك فيه فيكون الحظ للطفل فى تسليمه إليه أتم، ويحتمل أن يتساويا لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر فى المنع فلا يؤثر فى الترجيح) المغنى (٣٨٩/٦).

(٢) ذكر الوجهين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٨٦/٦).

(٣) ذكره فى المغنى ثم قال: لقوله تعالى: (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم) الآية - ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما فى حالة واحدة وان تهايئاه بجعله عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والألف ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعه لأن حقهما متساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الإقراع بينهما، المغنى (٣٨٩/٦).

(٤) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٨٥/٦).

(٥) ذكره صاحب المحرر بنصه وتمامه فى آخر باب الحضانة، انظر المحرر (١٢١/٢).

تنبيه: قوله: ﴿وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقِطِ مِنْهُمَا، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ﴾ بلا نزاع.

فإن كان لكل واحد منهما بينة: قدم أسبقهما تاريخا. قاله في المغني[١]، والشرح[٢]، والهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي[٣]، وغيرهم.

وإن اتحد تاريخهما أو أطلقتا، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى: تعارضتا. وهل يسقطان أو يستعملان؟ فيه وجهان.

وأطلقهما في المغني[٤]، والشرح[٥]، وشرح الحارثي، وغيرهم.

أحدهما: يسقطان. فيصيران كمن لا بينة لهما.

وجزم به ــ فيما إذا تساويا ــ في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

والثاني: يستعملان ويقرع بينهما، فمن قرع صاحبه كان أولى به.

قال في الكافي[٦]: وإن تساويا في اليد أو عدمها: سقطتا، وأقرع بينهما. فقدم بها أحدهما. وجزم به ابن رزين في شرحه.

ومحلهما: إذا لم يكن في يد أحدهما.

قال الحارثي: وفي بينة المال وجه بتقديم المطلقة على المؤرخة. وهو ضعيف. بل الأولى: تقديم المؤرخه. انتهى.

ويأتي ذلك في باب الدعاوى محررًا.

فإن كان اللقيط في يد أحدهما، فهل تقدم بينة الخارج؟ فيه وجهان، مبنيان على الروايتين في دعوى المال، على ما يأتي في بينة الداخل والخارج.

وقال في الفروع: يقدم رب اليد مع بينة. وفي يمينة وجهان.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ: قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ﴾ بلا نزاع.

---

(١) ذكره في المغني وقال (لأن الثاني إنما أخذ ممن قد ثبت الحق فيه لغيره) المغني (٣٩١/٦).

(٢) ذكره في الشرح كما في المغني، الشرح (٣٨٦/٦).

(٣) ذكره في الكافي أيضا (فقال: قدم أسبقهما تاريخا لأنه يثبت بها السبق إلى الإلتقاط) الكافي (٢٠٥/٢).

(٤) ذكر الوجهين صاحب المغني (فقال: فيه وجهان أحدهما: يسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما - والثاني: يستهلان ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه كان أولى) المغني (٣٩١/٦).

(٥) وتبعه في الإطلاق صاحب الشرح (٣٨٧/٦).

(٦) ذكر بنصه وتمامه في الكافي (٢٠٥/٢).

لكن هل يحلف معها؟ فيه وجهان، وأطلقهما في الكافي(١)، والفروع.

أحدهما: لا يحلف. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. واختاره ابن عقيل، والقاضي. وقال: هو قياس المذهب.

وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: يحلف. قاله أبو الخطاب. ونصره المصنف، والشارح.

قال الحارثي: وهو الصحيح.

فائدتان

إحداهما: قوله: ﴿فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا. فَمَنْ قَرَعَ سُلِّمَ إِلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ﴾.

على الصحيح من المذهب. قاله في المغني(٢)، والشرح(٣). وقالا: وعلى قول القاضي لا تشرع اليمين هنا. ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له. وأطلقهما في الكافي(٤).

الثانية: لو ادعى أحدهما أنه أخذه منه قهرًا، وسأل الحاكم يمينه. قال في الفروع: فيتوجه إحلافه.

وقال في المنتخب: لا يحلف، كطلاق ادُّعِي على الزوج.

قوله: ﴿وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُما يَدٌ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُما﴾.

يعني: بعلامة مستورة في جسده قدم. هذا المذهب. جزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والوجيز، وشرح الحارثي، والمحرر(٥)، والقواعد الفقهية، في القاعدة الثامنة والتسعين، وغيرهم. وقدمه في الفروع، وغيره.

وذكر القاضي في الخلاف، وصاحب المبهج، والمنتخب، والوسيلة: أنه لا يقدم واصفه.

وذكره في الفنون، وعيون المسائل عن أصحابنا، وإليه ميل الحارثي. فإنه نظر على تعليل الأصحاب.

---

(١) ذكر الإطلاق في الكافي فقال: (فان أختلفا في الملتقط وهو في يد أحدهما فالقول قوله وهل يستحلف فيه وجهان) الكافي (٢/٢٥٠).

(٢) ذكره في المغني وذكر قول القاضي بنصه وتمامه – المغني (٦/٣٩٠).

(٣) ذكره في الشرح كما في المغني وذكر قول القاضي، الشرح (٦/٣٨٧).

(٤) ذكر الإطلاق في الكافي فقال: (وهل يستحلف؟ على وجهين) الكافي (٢/٢٠٥).

(٥) قطع به في المحرر فقال: (إلا أن يصدقه أحدهما فيقدم)، المحرر (١/٣٧٣).

فائدة: لو وصفاه جميعا: أقرع بينهما.

قال فى التلخيص: واقتصر عليه الحارثى.

قوله: ﴿وَإلاَّ سَلَّمَهُ الحَاكِمِ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا﴾.

يعنى: إذا لم يكن فى أيديهما، ولا فى يد واحد منهما، ولا بينة لهما، ولا لأحدهما، ولا وصفاه، ولا أحدهما. وهذا المذهب(١). وعليه جماهير الأصحاب.

قال الحارثى: قال الأصحاب، والمصنف هنا: يسلمه القاضى إلى من يرى منهما، أو من غيرهما. انتهى.

قال فى القواعد: قال القاضى، والأكثرون: لاحق لأحدهما فيه، ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما، أو من غيرهما. انتهى. واختاره أبو الخطاب، وغيره. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

وقال المصنف(٢): والأولى أن يقرع بينهما. كما لو كان فى أيديهما.

فائدة: من أسقط حقه منه: سقط.

قوله: ﴿وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيتُهُ إِنْ قُتِلَ: لِبَيْتِ المَالِ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب، وقطع به كثير منهم.

وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد: أن بعض شيوخه حكى رواية عن الإمام أحمد رحمه الله: أن الملتقط يرثه. واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ونصره. وصاحب الفائق. قال الحارثى: وهو الحق.

قوله: ﴿وَإِنْ قُتِلَ عَمْدًا فَوَلِيُّهُ الإِمَامُ. إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ﴾.

هذا المذهب. وعليه الأصحاب. وقطع به أبو الخطاب فى الهداية، وغيره.

وذكر فى التلخيص وجها: أنه لايجب له حق الاقتصاص. وأن أبا الخطاب خرجه.

قال: ووجهه أنه ليس له وارث معين. فالمستحق جميع المسلمين. وفيهم. صبيان ومجانين. فكيف يستوفى؟

---

(١) ذكره المصنف فى المغنى على قول القاضى وأبو الخطاب أن يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما لأنه لاحق لهما) المغنى (٦/٣٩٠)، والشرح (٦/٣٨٨)، والمحرر (١/٧٣٢)، والكافى (٢/٢٠٥).

(٢) ذكره المصنف فى المغنى بنصه وتمامه ثم أردف قائلا: (لأنهما تنازعا حقا فى يد غيرهما فأشبه مالو تنازعا وديعة عند غيرهما) المغنى (٦/٣٩٠).

قال: وهذا يجرى فى قتل كل مرة وارث له. انتهى.

قوله: ﴿وَإِنْ قَطَعَ طَرَفَهُ عَمْدًا: انْتُظِرَ بُلُوغُهُ﴾.

يعنى: مع رشده. هذا المذهب.

قال الحارثى: هذا الصحيح المشهور فى المذهب.

وجزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه فى الشرح(١)، وغيره.

وعنه: للإمام استيفاؤه قبل البلوغ. نص عليه فى رواية ابن منصور.

قال فى الفائق: وهو المنصوص المختار. وأطلقهما فى الفائق.

قوله: ﴿إلاّ أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا مَجْنُونًا فَلِلإِمَامِ العَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ﴾.

هذا المذهب. جزم به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغنى(٢)، والشرح(٣)، والفروع، وغيرهم من الأصحاب. وصححه القاضى، وغيره.

وحكاه المجد عن نص الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: ليس له ذلك.

قال فى المقنع ـ فى باب استيفاء القصاص: ـ فإن كانا محتاجين إلى النفقة ـ يعنى الصبى والمجنون ـ فهل لوليهما العفو على الدية؟ يحتمل وجهين.

فعلى هذا: يجب على الإمام فعل ذلك. لأن عليه رعاية الأصلح. والتعجيل هنا: هو الأصلح. قدمه الحارثى فى شرحه. وهو الصواب.

وقال القاضى، وابن عقيل: يستحب ذلك، ولا يجب.

تنبيه: دخل فى عموم قوله:«انتظر بلوغه» أنه لو كان فقيرًا عاقلا، فليس للإمام العفو على مال ينفق عليه. وهو أحد الوجهين. وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

---

(١) قطع به فى الشرح فقال: – إذا جنى على اللقيط جناية فيما دون النفس توجب المال قبل بلوغه فلوليه أخذ الأرش وإن كانت موجبة للقصاص وله مال يكفيه وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو سواء كان عاقلا أو معتوها) الشرح (٦/٣٨٩).

(٢) جزم به فى المغني فقال: (لأن المعتوه ليست له حال معلومة منتظره فإن ذلك قد يدوم به والعاقل له حالة منتظرة فافترقا) المغنى (٦/٣٧٧).

(٣) ذكره وجزم به فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/٣٨٩).

وجزم به فى الشرح(١) هنا، والفصول، والمغنى(٢) هنا.

والوجه الثانى: للإمام ذلك. وهو الصحيح من المذهب.

قال القاضى، والمصنف فى باب القود ـ عند قول الخرقى:«إذا اشترك جماعة فى القتل» ـ هذا أصح.

وكذا قال فى الكافى(٣)، فى باب العفو عن القصاص. وصححه فى الشرح فى باب استيفاء القصاص.

وحكاه المجد عن نص الإمام أحمد رحمه الله.

وفى بعض نسخ المقنع هنا:«إلا أن يكون فقيرا أو مجنونا» بأو، لا بالواو.

وقد قال المصنف ـ فى هذا الكتاب فى باب استيفاء القصاص: فإن كانا محتاجين إلى النفقه ـ يعنى الصبى، والمجنون ـ فهل لوليهما العفو عن الدية؟ يحتمل وجهين.

وكذا قال أبو الخطاب فى الهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم هناك. وأطلقهما أيضا فى الفروع، والرعاية.

ودخل أيضًا فى عموم كلامه: لو كان مجنونا غنيًا. فليس للإمام العفو على مال، بل تنتظر إفاقته. وهو المذهب.

قال الحارثى: هذا المذهب. وقطع به فى الشرح(٤).

وذكر فى التلخيص وجها: للإمام ذلك. وجزم به فى الفصول، والمغنى(٥). وهو ظاهر كلامه فى الوجيز. وأطلقهما فى الفروع، والرعاية.

تنبيه: حيث قلنا ينتظر البلوغ أو العقل. فإن الجانى يحبس إلى أوان البلوغ والإفاقة. وحيث قلنا بالتعجيل وأخذ المال: لو طلب اللقيط بعد بلوغه وعقله القصاص. ورد المال: لم يجب. ذكره فى التلخيص، وغيره. وفرقوا بينه وبين الشفعة.

قوله: ﴿وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ، أَوْ قَاذَفه رِقَّه، فَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ﴾ وهو المذهب.

---

(١) هو ظاهر كلامه فى الشرح انظر الشرح (٣٨٩/٦).

(٢) هذا ظاهر من كلام المصنف فىالمغنى حيث قال: (سواء كان عاقلا أو معتوها وإن لم يكن له مال وكان عاقلا انتظر بلوغه أيضا) المغنى (٣٧٧/٦).

(٣) ذكره فى الكافى فى باب العفو عن القصاص فقال: (وإن قتل من لاولى له فالأمر إلى السلطان إن رأى قتل وإن رأى عفا على مال. لأن الحق للمسلمين فكان على الإمام فعل ما يرى المصلحة فيه (الكافى (٢٨٠/٣).

(٤) قطع به فى الشرح (٣٨٩/٦).

(٥) قطع به أيضا فى المغنى (٣٧٨/٦).

قال الحارثى: هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثى، والفائق، وغيرهم.

ويحتمل أن القول قول القاذف. قاله المصنف.

قال الحارثى: وذكر صاحب المحرر - فى قتل من لايعرف إذا ادعى رقه ــ وجهاً: أن القول قوله.

وعن القاضى فى كتاب الخصال: أنه جزم به. لأن الرق محتمل. والأصل البراءة.

وذكر صاحب المحرر - فى قذف من لايعرف إذا ادعى رقه ــ رواية بقبول قوله. لأن احتمال الرق شبهة، والحد يدرأ بالشبهات، والأصل البراءة.

فائدة: لو كان اللقيط مميزا، يطأ مثله: وجب الحد على قاذفه. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وخرج وجه بانتفاء الوجوب. وقيل: هو رواية.

فعلى المذهب: يشترط لإقامته المطالبه بعد البلوغ. وليس للولى المطالبة ذكره المصنف وغيره. ويأتى ذلك فى أوائل باب القذف.

قوله: ﴿وَإِنِ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ: أَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ فِى مِلْكِهِ﴾.

إذا ادعى إنسان أنه مملوكه، فلا يخلو: إما أن يكون له بينة، أولا.

فإن لم يكن له بينة، فلا يخلو: إما أن يكون فى يده، أولا.

فإن لم يكن فى يده، فلا شىء له.

وإن كان فى يده، فلا يخلو: إما أن يكون الملتقط أو غيره.

فإن كان هو الملتقط: فلا شىء له أيضا. ذكره فى التلخيص، وغيره.

وإن كان غير الملتقط هو صدق. قاله الحارثى. وقاله فى التلخيص وغيره. لدلالة اليد على الملك.

قال الحارثى: ومقتضى كلام المصنف فى المغنى(٣)، والكافى(٤): وجوب يمينه.

---

(١) ذكره مقدما فى المغنى فقال: - (وإن كذبه اللقيط وقال إنى حر فالقول قوله لأنه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفا وأوجبنا له القصاص وإن كان الجانى حرا). المغنى (٣٧٨/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٩٠/٦).

(٣) ذكره فى المغنى فقال: - (والقول قوله مع يمينه فى الملك) المغنى (٤٠٧/٦).

(٤) قطع به المصنف فى الكافى (٢٠٧/٢).

وهو الصواب. لإمكان عدم الملك. فلا بد من يمين تزيل أثر ذلك.

ثم إذا بلغ، وقال: «أنا حر» لم يقبل.

وإن كان له بينة، فلا يخلو: إما أن تشهد بيده أو بملكه، أو بسبب ملكه.

فإن شهدت بيده، فإن كان غير الملتقط: حكم له بها. والقول قوله مع يمينه فى الملك. ذكره المصنف، والشارح، والقاضى أيضا. لدلالة اليد على الملك.

زاد القاضى: وأنه ضل عنه، أو ذهب، أو غصب.

وإن شهدت: أن أمته ولدته فى ملكه، فعند الأصحاب: هو له.

وإن اقتصرت على أن أمته ولدته، و لم تقل: «فى ملكه» فقدم المصنف: أنه لابد أن تشهد أن أمته ولدته فى ملكه. وهو المذهب. قدمه فى الفروع. وصححه الناظم. وجزم به فى منتخب الأدمى. وقطع به المصنف فى هذا الكتاب فى أثناء كتاب الشهادات.

ويحتمل ألاّ يعتبر قول البينة فى ملكه. بل يكفى الشهادة بأن أمته ولدته.

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى(١)، والشرح(٢) والمحرر(٣)، وشرح الحارثى، والرعايتين، والحاوى الصغير.

وإن شهدت له أنه ملكه، أو مملوكه، أو عبده، أو رقيقه: ثبت ملكه بذلك. على الصحيح من المذهب.

قطع به فى المغنى(٤)، والكافى(٥)، والشرح(٦)، والقاضى وابن عقيل، وصاحب المحرر(٧)، وغيرهم.

وفيه وجه آخر: لابد من ذكر السبب. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. وأبى

---

(١) ذكر الإطلاق فى المغنى فقال: - (والقول قوله مع يمينه فى الملك وإن شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وان لم تذكر سبب الملك وان شهدت أنه ابن أخته أو أن أمته ولدته و لم تقل فى ملكه أحتمل أن يثبت له الملك بذلك) وأحتمل ألاّ يثبت الملك لأنه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته) المغنى (٤٠٧/٦).

(٢) ذكر الإطلاق فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٩٢/٦).

(٣) ذكر الإطلاق أيضا فى المحرر فقال: (وإذا شهدت أن أمته ولدته و لم تقل فى ملكه. فعلى وجهين) المحرر (٣٧٣/١).

(٤) جزم به المصنف فى المغنى (٤٠٧/٦).

(٥) قطع به المصنف فى الكافى أيضا، الكافى (٢٠٧/٢).

(٦) ذكره أيضا فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٩٣/٦).

(٧) ذكره أيضا فى المحرر (٣٧٣/١).

الخطاب فى الهداية، وصاحب المذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. لاحتمال التعويل على ظاهر اليد. وأطلقهما الحارثى فى شرحه.

وفيه وجه ثالث: بأن البينة لا تسمع من الملتقط، وتسمع من غيره. لاحتمال تعويلها على يد الملتقط. ويده لا تقبل الملك. اختاره صاحب التلخيص.

فائدة: قال فى المغنى(١): إن شهدت البينة بالملك، أو باليد: لم يقبل إلا رجلان، أو رجل وامرأتان.

وإن شهدت بالولاء: قبل امرأة واحدة، أو رجل واحد. لأنه مما لا يطلع عليه الرجال.

وقال القاضى: يقبل فيه شاهدان، وشاهد وامرأتان. ولا يقبل فيه النساء.

قال الحارثى: وهو أشبه بالمذهب.

قوله: ﴿وَإِنْ أَقَرَّ بِالرِّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ: لَمْ يُقْبَلْ﴾.

إذا أقر اللقيط بالرق بعد البلوغ، فلا يخلو: إما أن يتقدمه تصرف، أو إقرار بحرية أولا.

فإن لم يتقدم إقراره تصرف ولا إقرار بحرية، بل أَقَرَّ بالرق ــ جوابا أو ابتداء ــ وصدقه المقر له. فالصحيح من المذهب: أنه لايقبل إقراره بالرق والحالة هذه. صححه المصنف فى المغنى(٢). وحكاه القاضى وجها.

وقطع صاحب المحرر(٣) بأنه يقبل قوله. واختاره فى التلخيص. ومال إليه الحارثى، وقدمه ابن رزين فى شرحه. وأطلقهما فى الشرح(٤).

وإن تقدم إقراره بالرق تصرف ببيع، أو شراء، أو نكاح، أو إصداق ونحوه: فهذا لايقبل إقراره بالرق. على الصحيح من المذهب. وعليه الأكثر. وقدمه فى الفروع، وغيره.

---

(١) قطع به فى المغنى هكذا فقال: (فإن شهدت البينة بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) المغنى (٤٠٧/٦).

(٢) جزم به فى المغنى فقال: (لأنه اعترف بالحرية وهى حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه فى إبطاله) المغنى (٤٠٨/٦).

(٣) ذكره فى المحرر (٣٧٤/١).

(٤) ذكر الإطلاق فى الشرح (فقال: احتمل وجهين أحدهما يقبل لأنه مجهول الحال أقر بالرق فقبل - والثانى: يحتمل ألا يقبل قاله شيخنا وهو الصحيح) الشرح (٣٩٣/٦).

وعنه: يقبل. اختاره ابن عقيل فى التذكرة.

وقال القاضى: يقبل فيما عليه. رواية واحدة.

وهل يقبل فى غيره؟ على روايتين.

قال الحارثى: وحكى أبو الخطاب فى كتابه، والسامرى عن القاضى: اختصاص الروايتين بما تضمن حقا له. أما ما تضمن عليه: فيقبل. رواية واحدة.

قال: وحكاه المصنف هنا مطلقا عنه.

وإن تقدم إقراره بالحرية، ثم أقر بالرق: لم يقبل قوله. قولا واحدًا.

ولو أقر بالرق لزيد، فلم يصدقه: بطل إقراره.

ثم إن أقر لعمرو ـ وقلنا: بقبول الإقرار فى أصل المسألة ـ ففى قبوله له وجهان. وأطلقهما الحارثى، والفروع. وذكرهما القاضى وغيره.

أحدهما: يقبل. اختاره المصنف وغيره.

والثانى: لا يقبل.

قوله: ﴿وَإِنْ قَالَ: إِنِّى كَافِرٌ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ. وَحُكْمُهُ حُكْمُ المُرْتَدِّ﴾.

إذا بلغ اللقيط سنًا يصح منه الإسلام والردة فيه ـ على ما يأتى فى باب الردة ـ فنطق بالإسلام: فهو مسلم. ثم إن قال: إنى كافر. فهو مرتد بلانزاع.

وإن حكمنا بإسلامه، تبعًا للدار وبلغ. وقال: إنى كافر ـ وهى مسألة المصنف ـ لم يقبل. قوله وحكمه حكم المرتد. وهو الصحيح من المذهب.

قال الحارثى: هذا الصحيح. وجزم به فى الوجيز. وغيره. وقدمه فى المغنى[(١)]، والشرح[(٢)]، والمحرر[(٣)]، والرعايتين، والفروع، والفائق، والحاوى الصغير، وغيرهم.

والوجه الثانى: يُقَرُّ على ماقاله القاضى، قال: إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله.

قال المصنف، والشارح: وهو وجه بعيد.

---

(١) ذكره فى المغنى مقدما فقال: - فإن وصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه فهو مرتد لا يقر على كفره فعلى هذا إذا بلغ استتيب ثلاثا فإن تاب وإلا قتل) المغنى (٣٧٦/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٣٩٧/٦).

(٣) قدمه أيضا صاحب المحرر فقال: (وإذا بلغ اللقيط المحكوم بإسلامه فنطق بأن الكفر دينه لم يقر وكان مرتدا).

فعلى هذا الوجه: قال القاضى، وأبو الخطاب وغيرهما: إن وصف كفرًا يقر عليه بالجزية: عقدت له الذمة. وأقر فى الدار. وإن لم يبدلها، أو كان كفراً لايقر عليه: ألحق بمأمَنِه.

قال فى المغنى(١): وهو بعيد جدًا.

قوله: ﴿وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ: أُلحقَ بِهِ، مُسْلِما كَانَ أَوْ كَافِرًا رَجُلا كَانَ أَوْ امْرَأَة، حَيا كَانَ اللّقِيطُ أَوْ مَيْتًا﴾.

إذا أقر به حر مسلم، يمكن كونه منه: لحق به بلا نزاع. ونص عليه فى رواية جماعة.

وإن أقر به ذمى: ألحق به نسبًا. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب.

وهو داخل فى عموم نص الإمام أحمد رحمه الله.

وقيل: لا يلحق به أيضا فى النسب. ذكره فى الرعاية.

إذا علمت ذلك: فلا يلحقه فى الدين بلا نزاع، على ما يأتى فى كلام المصنف.

ويأتى حكم نفقته فى النفقات.

قال القاضى، وغيره: وإذا بلغ، فوصف الإسلام: حكمنا بأنه لم يزل مسلمًا.

وإن وصف الكفر، فهل يقر؟ فيه الوجهان المذكوران فى المسألة التى قبلها.

قوله: ﴿وَلاَ يَتْبَعُ الكَافِرَ فِي دَينِهِ إِلاّ أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَة: أَنّه وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ﴾.

هذا المذهب. وجزم به فى الوجيز وغيره.

قال الشارح: هذا قول بعض أصحابنا. وقياس المذهب: لايلحقه فى الدين، إلا أن تشهد البينة: أنه ولد بين كافرين حيين. لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه. أو موته. انتهى.

قال الحارثى، قال الأصحاب: إن أقام الذمى بينة بولادته على فراشه: لحقه فى الدين أيضا. لثبوت أنه ولد بين ذميين. فكما لو لم يكن لقيطا.

وهذا مقيد باستمرار أبويه على الحياة والكفر. وقد أشار إليه فى الكافى(٢). لأن أحدهما لو مات أو أسلم لحكم بإسلام الطفل. فلابد فيما قالوا من ذلك. انتهى.

---

(١) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه وعلل له بأن هذا اللقيط لايخلو من أن يكون ابن وثنى حربى فهو حاصل فى يد المسلمين بغير عهده ولا عقد فيكون لواحده ويصير مسلما بإسلام سابيه). راجع المغنى (٣٧٧/٦).

(٢) ذكره فى الكافى انظر الكافى (٢٠٧/٢).

﴿وإنْ أَقَرَّتْ به امرأةٌ أُلْحِقَ بها﴾.

هذا المذهب(١)، وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: هذا المذهب عند الأصحاب. وجزم به فى الوجيز، وغيره. وقدمه فى الفروع، وغيره.

فعلى هذا، قال الأصحاب: لايسرى اللحاق إلى الزوج، بدون تصديقه، أو قيام بينة بولادته على فراشه.

وعنه: لا يلحق بامرأة من وجه.

لايلحق بامرأة لها نسب معروف أو إخوة.

وقيل: لا يلحق بامرأة بحال. وهو احتمال للمصنف(٢). وحكاه ابن المنذر إجماعا.

تنبيه: شمل كلام المصنف: لو أقر به عبد أنه يلحق به. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: استلحاق العبد كاستلحاق الحر فى لحاق النسب. قاله الأصحاب انتهى.

ولا تجب نفقته عليه، ولا على سيده. لأنه محكوم بحريته. وتكون نفقته من بيت المال.

تنبيه آخر: شمل قوله: "أو امرأة" لو أقرت أمة به. وهو صحيح. وهو المذهب. وعليه الأصحاب.

قال الحارثى: والأمة كالحرة فى دعوى النسب، على ما ذكرنا. قاله الأصحاب.

إلا أن الولد لا يحكم برقه بدون بينة. حكاه المصنف. ونص عليه من رواية ابن مشيش.

فوائد

إحداهما: المجنون كالطفل إذا أمكن أن يكون منه، وكان مجهول النسب.

---

(١) جزم به فى الشرح فقال: (روى عن أحمد أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين أشبهت الأب ولأنه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل اكثر لأنها تأتى به من زوج ووطأ- -ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل) الشرح (٦/٤٠٠)، والمغنى (٦/٤٠٥). والكافى مقدما على إحدى الروايات (٢/٢٠٥).

(٢) ذكره المصنف فى الكافى على إحدى الروايات الثلاث انظر المكافى (٢/٢٠٥).

الثانية: كل من ثبت لحاقه بالاستلحاق، لو بلغ وأنكر: لم يلتفت إليه. قاله الأصحاب. نقله الحارثى.

ويأتى حكم الإرث فى باب الإقرار بمشارك فى الميراث، وكتاب الإقرار.

الثالثة: لو ادعى أجنبى نسبه: ثبت، مع بقاء ملك سيده، ولو مع بينة بنسبه.

قال فى الترغيب، وغيره: إلا أن يكون مدعيه امرأة. فتثبت حريته. وإن كان رجلا عربيا فروايتان. وفى مميز: وجهان.

أحدهما: صحة إسلامه. واقتصر على ذلك فى الفروع.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿وَإِن ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ، لأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ: قُدِّمَ بِهَا. فَإِنْ تَسَاوَوْا فِى بَيِّنَةٍ، أَوْ عَدَمِهَا: عُرِضَ مَعَهَمَا عَلَى الْقَافَةِ، أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِما وَإِنْ مَاتَا﴾.

سماع دعوى الكافر، ولو لم يكن له بينة، وهو صحيح. وهو المذهب(١). وعليه الأصحاب.

وفى الإرشاد وجه: لاتسمع دعوى الكافر بلا بينة.

وقال فى التلخيص: إن كان لأحدهما يد غير يدُ" الالتقاط ــ وكان قد سبق استلحاقه ـ فإنه يقدم على مستلحقه من بعد.

وإن لم يسمع استلحاقه إلا عند دعوى الثانى: ففى تقديمه بمجرد اليد احتمالان. انتهى.

فائدتان

إحداهما: لو كان فى يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة: قدمت بينة الخارج. على الصحيح من المذهب، والروايتين. وتقدم ذلك أيضاً.

ويأتى فى الدعاوى والبينات.

الثانية: لو كان فى يد امرأة: قدمت على امرأة ادعته بلا بينة. على الصحيح من المذهب. وتقدم البينة على ماهو أعم من ذلك.

---

(١) ذكره فى الكافى فقال: (فإن ادعى نسبه رجلان ولأحدهما بينه فهو ولده لأن له حجة فإن كان لهما بينتان أولا بينة لهما عرض على القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فإن ألحقته القافة بأحدهما الحق به لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ دخل مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تر أن مجززاً المدلجى نظر آنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال: «إن هذه الأقدام بعضها من بعض» (متفق عليه). الكافى (٢٠٦/٢). والمغنى (٣٩٤/٦). والشرح (٤٠٣/٦).

تنبيه: قوله: «عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا».

وذلك: مثل الأخ والأخت والعمة والخالة وأولادهم.

تنبيه: ظاهر قوله: ﴿فَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِأَحَدِهِمَا: لَحِقَ بِهِ﴾.

أنها لو توقفت فى إلحاقه بأحدهما، ونفته عن الآخر: أنه لا يلحق بالذى توقفت فيه. وهو صحيح. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وهو المذهب. وظاهر ما قدمه فى الفروع.

وقال فى المحرر: يلحق به. وتبعه جماعة.

قوله: ﴿وَإِنِ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَأُلْحِقَ بِهِمْ: لَحِقَ بهم، وَإِن كَثُرُوا﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. ونص عليه فى رواية جماعة.

قال فى الفائق: اختاره القاضى.

وجزم به فى الوجيز، ونظم المفردات. وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، وشرح الحارثى. ونصروه، والمحرر، والفروع.

وهو من مفردات المذهب. قاله ناظمها.

وقال الحارثى: وقال أبو حنيفة، والثورى: يلحق بأكثر من اثنين. لكن عنده: لا يلحق بأكثر من خمسة.

وقال ابن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين.

وعنه يلحق بثلاثة فقط. نص عليه فى رواية مهنا. واختاره القاضى وغيره.

وذكر فى المستوعب وجها: أنهم إذا ألحقوه بأكثر من ثلاثة لا يلحق بواحد منهم. لظهور خطأهم.

فائدة: يرث كل من لحق به ميراث ولد كامل، ويرثونه ميراث أب واحد. ولهذا لو أُوصِى له: قبلوا له جميعًا. ليحصل له.

وإن مات وخلف أحدهم فله ميراث أب كامل. لأن نسبه كامل من الميت. نص عليه.

ولأُمَّيْ أبويه اللذين لحق بهما مع أم أم: نصف السدس، ولأم الأم نصفه.

قلت: فيعايى بها.

---

(١) ذكره فى المغنى مقدما منصوصا عن أحمد فى رواية مهنا: أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وان كثروا وعلل لذلك بقوله أن المعنى الذى لأجله لحق باثنين موجود فما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق باثنين جاز يلحق أن أكثر من ذلك) المغنى (٤٠٢/٦).

(٢) ذكره فى الشرح كما فى المغنى: الشرح (٤١٠/٦).

فائدة أخرى: امرأة ولدت ذكرًا، وأخرى أنثى، وادعت كل واحدة: أن الذكر ولدها دون الأنثى. فقال فى المغنى(١)، والشرح(٢): يحتمل وجهين.

أحدهما: العرض على القافة مع الولدين.

قال الحارثى قلت: وهذا المذهب على مامر من نصه من رواية ابن الحكم.

والوجه الثانى: عرض لبنهما على أهل الطب والمعرفة. فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى فى طبعه وزنته.

وقيل: لبن الذكر ثقيل، ولبن الأنثى خفيف. فيعتبران بطبعهما وزنتهما، وما يختلفان به عند أهل المعرفة.

قال الحارثى: وهذا الاعتبار إن كان مطردا فى العادة غير مختلف: فهو إن شاء الله أظهر من الأول. فإن أصول السنة قد تخفى على القائف.

قال فى المغنى(٣): فإن لم يوجد قافة: اعتبر باللبن خاصة.

وإن كان الولدان ذكرين أو أنثيين، وادعتا أحدهما: تعين العرض على القافة.

قوله: ﴿وَإِنْ نَفَتْهُ القَافَةُ عَنْهُمْ، أَوْ أُشْكِلَ عَلَيْهِمْ، أَوَ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ﴾. أو اختلف قائفان: ﴿ضَاعَ نَسَبُهُ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ﴾.

وهو المذهب. نص عليه فى المسألة الأولى. وجزم به فى العمدة، والوجيز. واختاره أبو بكر.

قال المصنف: قول أبى بكر أقرب.

قال الحارثى: وهو الأشبه بالمذهب. وقدمه فى الفروع.

وفى الآخر: يترك حتى يبلغ، فينتسب إلى من شاء منهم.

قال القاضى: وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله.

واختاره ابن حامد. وقطع به فى العمدة والتلخيص. وقدمه فى الرعايتين، والحاوى الصغير، والفائق.

---

(١) ذكر فى المغنى الاحتمالي.ن الأول – أن ترى المرأتين القافة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر – والثانى: – ان تعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة فإن لبن الذكر يخالف لبن الانثى فى طبعه وزنته) المغنى (٤٠٦/٦).

(٢) ذكر الإحتمالين فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٤٠٩/٦).

(٣) ذكره فى المغنى بنصه وتمامه، انظر المغنى (٤٠٦/٦).

قال الحارثى: ويحتمل أن يقبل من مميز أيضًا. تفريعا علـى وصيته وطلاقـه. وعلـى قبول شهادته. على رواية. والمذهب خلافه.

وذكر ابن عقيل غيره: هو لمن يميل بطبعه إليه. لأن الفـرع يميـل إلى الأصـل. لكـن بشرط أن لا يتقدمه إحسان.

وقيل: يلحق بهما. اختاره فى المحرر.

ونقل ابن هانئ: يخير بينهما، ولم يذكر قافة.

وعنه: يقرع بينهما. فيلحق نسبه بالقرعة.

وذكرها فى المغنى فى كتاب الفرائض. نقله عنه فى القواعد.

فوائد

منها: ـ على قول ابن حامد ومن تابعه: لو ألحقته القافة ـ بعد انتسـابه ـ بغـير مـن انتسب إليه: بطل انتسابه.

ومنها: ليس له الانتساب بالتشهى. بل بالميل الطبيعى الذى تثيره الولادة.

ومنها: يستقر نسبه بالانتساب. فلو انتسب إلى أحدهما، ثم عَنَّ لـه الانتسـاب إلى الثانى، أو الانتفاء من الأول: لم يقبل.

ومنها: لو انتسب إليهما جميعا لميله: لحق بهما. قاله الحارثى وغيره.

ومنها: لو بلغ ولم ينتسب إلى واحد منهما، لعدم ميله: ضاع نسبه. لانتفاء دليله. ولو انتسب إلى من عداهما، وادعاه ذلك المنتسب إليه: لحقه.

ومنها: وجوب النفقـة. مـدة الانتظـار عليهمـا، لإقـراره بموجبهـا، وهـو الـولادة. وكذلك فى مدة انتظار البينة، أو القافة.

تنبيه: قوله: «أو لم يوجد قافة». حقيقة العدم: العدم الكلـى. فلـو وجـدت بعيـدة. ذهبوا إليها.

ومنها: لو قتله من ادعياه، قبل أن يلحق بواحد منهما: فلا قود على واحد منهمـا. ولو رجعا، لعدم قبوله. ولو رجع أحدهما: انتفى عنه. وهو كشـريك الأب علـى مـا يأتى فى آخر كتاب الجنايات.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ: إنْ وَطِئَ اثْنانِ امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ، أَوْ جَارِيَةً مُشْـتَرَكَةً بَيْنَهُمـا فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، أَوْ وُطِئَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ، أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ بِشُبْهَةٍ، وَأَتَـتْ بِوَلَـدٍ يُمْكِـنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ. فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الوَاطِىءَ: أُرِىَ القَافَةَ مَعَهُمَا﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى(١)، والشرح(٢)، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وسواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما. ذكره القاضى وغيره.

وشرط أبو الخطاب فى وطء الزوجة: أن يدعى الزوج أنه من الشبهة.

فعلى قوله: إن ادعاه لنفسه: اختص به لقوة جانبه. وفى الانتصار: رواية مثل ذلك.

ونقل أبو الحارث ـ فى امرأة رجل غصبت، فولدت عنده. ثم رجعت إلى زوجها كيف يكون الولد للفراش فى مثل هذا؟ ـ إنما يكون له إذا ادعاه. وهذا لا يدعيه، فلا يلزمه.

وقيل: إن عدمت القافة: فهو لرب الفراش.

ويأتى فى آخر اللعان: هل للزوج، أو للسيد نفيه، إذا ألحق به، بهما؟

قوله: ﴿وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُ القَائِفِ إلاّ أنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلاً مُجَرَّباً فِى الإصَابَةِ﴾.

يشترط فى القائف: أن يكون عدلا مجربًا فى الإصابة. بلا نزاع.

ومعنى كونه عدلا مجربا فى الإصابة ـ على ماقاله القاضى ومن تابعه ـ بأن يترك الصبى بين عشرة رجال من غير من يدعيه، ويريهم إياه. فإن ألحقه بواحد منهم: سقط قوله لتبين خطأه. وإن لم يلحقه بواحد منهم: أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه. فإن ألحقه به: لحقه.

ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه. فإن ألحقه بقريبه: عرفت إصابته. وإن ألحقه بغيره سقط قوله: جاز.

وهذه التجربة عند عرضه على القافة للاحتياط فى معرفة إصابته. ولو لم نُجَرِّبه بعد أن يكون مشهورا بالإصابة، وصحة المعرفة فى مرات كثيرة: جاز.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يشترط حرية القائف. وهو المذهب. وهو ظاهر كلامه فى الكافى(٣)، والوجيز، والمنور، والهداية، والمذهب، والخلاصة، وغيرهم.

---

(١) ذكره فى المغنى مع صورا أخرى غيرها ثم قال: (فإنه يرى القافه معهما فبأيهما ألحقوه لحق) المغنى (٦/٤٠٦).

(٢) ذكره أيضا وصورا أخرى فى الشرح كما فى المغنى، الشرح (٦/٤١٢).

(٣) لأنه لم يذكر المصنف فى الكافى من بين شروطه حيث قال: (ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا فى الأصابة لأن ذلك يجرى مجرى الحكم) ولم يذكر الحرية. انظر الكافى (٢/٢٠٦).

ذكروه فيما يلحق من النسب. وقدمه فى الفروع.

قال الحارثى: وهذا أصح.

وقيل: تشترط حريته.

وجزم به القاضى، وصاحب المستوعب، والمصنف، والشارح. وذكره فى الترغيب عن الأصحاب.

قال فى القواعد الأصولية: الأكثرون على أنه كحاكم. فتشترط حريته. وقدمه فى الرعاية الكبرى، والحاوى الصغير.

وأطلقهما فى المحرر، والنظم، والرعاية الصغرى، والفائق، والزركشى.

فعلى الأول: يكون بمنزلة الشاهد. وعلى الثانى: يكون بمنزلة الحاكم.

وجزم فى الترغيب: أنه تعتبر فيه شروط الشهادة.

فوائد

الأولى: يكفى قائف واحد. على الصحيح من المذهب. نص عليه فى رواية أبى طالب، وإسماعيل بن سعيد.

واختاره القاضى، وصاحب المستوعب. وصححه فى النظم.

وقدمه فى الرعايتين، والفروع، والحاوى الصغير.

وعنه: يشترط اثنان. نص عليه فى رواية محمد بن داود المصيصى، والأثرم، وجعفر بن محمد.

وقدمه فى الفائق، وشرح ابن رزين.

وأطلقهما فى القواعد الأصولية، والحارثى فى شرحه، والكافى(١)، والزركشى.

وظاهر الشرح(٢): الإطلاق.

وخرج الحارثى الاكتفاء بقائف واحد عند العدم من نصه على الاكتفاء بالطبيب والبيطار، إذا لم يوجد سواه، وأولى. فإن القائف أعز وجودا منهما.

تنبيه: هذا الخلاف مبنى ـ عند كثير من الأصحاب ـ على أنه: هل هو شاهد أو حاكم؟

---

(١) ذكر الإطلاق فى الكافى فقال: ففيه وجهان. أحدهما: - يكتفى به لأن النبى ﷺ سر بقول محرز وحده لأنه بمنزلة الحاكم يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ويحكم - والثانى: - لا يقبل إلا أثنان لأنه حكم بالشبه والخلقة فلا يقبل من واحد كالحكم بالمثل فى جزاء الصيد) الكافى (٢٠٧/٢).

(٢) ذكر الإطلاق أيضا فى الشرح كما فى الكافى، الشرح (٤١٣/٦).

فإن قلنا: هو شاهد: اعتبرنا العدد. وإن قلنا: هو حاكم فلا.

وقال جماعة من الأصحاب: ليس الخلاف مبنيا على ذلك. بل الخلاف جار، سواء قلنا: القائف حاكم أو شاهد. لأنا إن قلنا: هو حاكم. فلا يمتنع التعدد فى الحكم، كما يعتبر حاكمان فى جزاء الصيد.

وإن قلنا: شاهد. فلاتمتنع شهادة الواحد، كما فى المرأة. حيث قبلنا شهادتها وشهادة الطبيب، والبيطار.

وقالت طائفة من الأصحاب: هذا الخلاف مبنى على أنه شاهد، أو مخبر.

فإن جعلناه شاهدًا: اعتبرنا التعدد. وإن جعلناه مخبرا: لم نعتبر التعدد، كالخبر فى الأمور الدينية.

الثانية: القائف كالحاكم. عند أكثر الأصحاب. قاله فى القواعد الأصولية، والحارثى. وقطع به فى الكافى(١).

وقيل: هو كالشاهد. وهو الصحيح على ما تقدم. وأكثر مسائل القائف مبنية على هذا الخلاف.

الثالثة: هل يشترط لفظ«الشهادة» من القائف؟

قال فى الفروع ـ بعد القول باعتبار الاثنين: ويعتبر منهما لفظ«الشهادة» نص عليه(٢). وكذا قال فى الفائق.

قال فى القواعد الأصولية: وفيه نظر. إذ من أصلنا قبول شهادة الواحد فى مواضع.

وعلى المذهب: يعتبر لفظ الشهادة. انتهى.

قلت: فى تنظيره نظر. لأن من نقل عن الأصحاب ـ كصاحب الفروع، وغيره ـ إنما نقلوا ذلك عن الإمام أحمد رحمه الله.

وقد روى الأثرم أنه قال: لا يقبل قول واحد، حتى يجتمع اثنان. فيكونا شاهدين.

وإذا شهد اثنان من القافة، أنه لهذا: فهو له. وكذا قال فى رواية محمد بن داود المصيصى.

فالذى نقل ذلك قال: يعتبر من الاثنين لفظ«الشهادة» وهو موافق للنص ولا يلزم

---

(١) قطع به المصنف فى الكافى حيث قال فى غير موضع: (أنه يجرى مجرى الحكم) وقال: (لا يقبل من واحد كالحكم بالمثل فى جزاء الصيد) الكافى (٢/٢٠٧).

(٢) ذكر صاحب الشرح ما نص عليه أحمد فقال: (نقل عن أحمد: أنه لا يقبل إلا قول اثنين من القافة ولفظ الشهادة منهما)، الشرح (٦/٤١٣) والمغنى (٦/٣٩٩).

من ذلك أنه لا يعتبر لفظ «الشهادة» فى الواحد. ولا عدمه.

غايته: أنه اقتصر على النص. فلا اعتراض عليه فى ذلك.

وقال فى الإنتصار: لا يعتبر لفظ«الشهادة» ولو كانا اثنين، كما فى المقومين.

الرابعة: لو عارض قول اثنين قول ثلاثة فأكثر. أو تعارض اثنان: سقط الكل(١).

وإن اتفق اثنان، وخالف ثالث: أخذ بقول الاثنين. نص عليه، ولو رجعا.

فإن رجع أحدهما: لحق بالآخر.

قال فى المنتخب: ومثله بيطاران، وطبيبان، فى عيب.

الخامسة: يعمل بالقافة فى غير بنوة، كأخوة وعمومة، عند أصحابنا.

وعند أبى الخطاب: لايعمل بها فى غير البنوة. كإخبار راع بشَبَه.

وقال فى عيون المسائل، فى التفرقة بين الولد والفصيل: لأنا وقفنا على مورد الشرع، ولتأكد النسب، لثبوته مع السكوت.

السادسة: نفقة المولود على الواطئين. فإذا لحق بحدهما: رجع على الآخر بنفقته.

ونقل صالح، وحنبل: أرى القرعة والحكم بها.

يروى عنه ـ عليه أفضل الصلاة والسلام ـ«أنه أقرع فى خمس مواضع. فذكرمنها: إقراع علي رضى الله عنه فى الولد بين الثلاثة الذين وقعوا على الأمة فى طهر واحد» ولم ير هذا فى رواية الجماعة. لاضطرابه.

وقال ابن القيم رحمه الله، فى الهدى: القرعة تستعمل عند فقدان مرجح سواها: من بينة، أو إقرار، أو قافة.قال: وليس ببعيد تعيين المستحق فى هذه الحال بالقرعة. لأنها غاية المقدور عليه من ترجيح الدعوى. ولها دخول فى دعوى الأملاك التى لاتثبت بقرينة، ولا أمارة. فدخولها فى النسب الذى يثبت بمجرد الشبه الخفى المستند إلى قول قائف. أولى.

آخر الجزء السادس

---

(١) قطع به فى المغنى ونص عليه المصنف مع صور أخرى، انظر المغنى (٣٩٩/٦). وكذلك الشرح (٤١٣/٦).

فهرست الجزء السادس

* * *